# Patriotas con toga

Un estudio sobre el nacionalismo jurídico

**JORGE CAGIAO Y CONDE**

CATARATA

# Patriotas con toga

Un estudio sobre el nacionalismo jurídico

JORGE CAGIAO Y CONDE

CATARATA

# Índice

INTRODUCCIÓN
- Una laguna que colmar
- El nacionalismo sociológico como marco general en las sociedades contemporáneas
- ¿Derecho y nacionalismo?
- Estructura del libro

CAPÍTULO 1. NACIÓN Y NACIONALISMO
- 1.1. Nuestra relación con la nación y el nacionalismo
- 1.2. ¿Qué sabemos con certeza del nacionalismo?
- 1.3. ¿Qué son las naciones creadas por el nacionalismo?
- 1.4. ¿En qué nos convierte el nacionalismo?

CAPÍTULO 2. DERECHO Y NACIONALISMO
- 2.1. El derecho y su capacidad para invisibilizar las políticas nacionalistas
- 2.2. El nacionalismo jurídico, sus formas y expresiones
- 2.3. Derecho, nación y 'derecho a decidir'

CAPÍTULO 3. EL NACIONALISMO ESPAÑOL FRENTE AL DERECHO A DECIDIR. EL ANTECEDENTE VASCO
- 3.1. Introducción
- 3.2. La STC 103/2008
- 3.3. Comentario de la sentencia: la primera piedra de la jurisprudencia nacionalista del TC sobre el derecho a decidir
- 3.4. La irresistible inercia del nacionalismo: una tesis jurídicamente infundada respaldada por la Academia jurídica
- 3.5. Algunas conclusiones

CAPÍTULO 4. EL DESARROLLO DE LA DOCTRINA SOBRE EL DERECHO A DECIDIR DURANTE EL PROCESO INDEPENDENTISTA CATALÁN

4.1. Introducción
4.2. La STC 31/2010
4.3. El proceso independentista catalán
4.4. La respuesta del nacionalismo español al procés
4.5. La conclusión estaba ya en la premisa

CAPÍTULO 5. MÁS ALLÁ DE LA VICTORIA POLÍTICA. LA NECESIDAD DE UN ESCARMIENTO EJEMPLAR.
5.1. Introducción
5.2. Los hechos
5.3. La construcción del relato: tenía que ser un golpe de Estado
5.4. El proceso penal contra los líderes independentistas
5.5. Gestionando el bochorno

CONCLUSIÓN

BIBLIOGRAFÍA

NOTAS

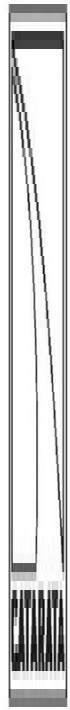
Jorge Cagiao y Conde

**Licenciado en Derecho y profesor titular (acreditado catedrático) de Civilización Española Contemporánea y de Derecho Constitucional Español en la Universidad de Tours. Su investigación se ha centrado en el estudio del federalismo y del nacionalismo español y comparado, y más recientemente en los conflictos territoriales de soberanía en contextos democráticos y en la relación entre nacionalismo y derecho. Es autor, entre otros, de Micronacionalismos. ¿No seremos todos nacionalistas? (2018), Democracia y nación. España en el laberinto plurinacional (2022).**

**Jorge Cagiao y Conde**

# Patriotas con toga

## Un estudio sobre el nacionalismo jurídico



© IMAGEN DE CUBIERTA: FACHADA PRINCIPAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, LUIS GARCÍA

© Jorge Cagiao y Conde, 2023

© Los libros de la Catarata, 2023
Fuencarral, 70
28004 Madrid
Tel. 91 532 20 77
www.catarata.org

Patriotas con toga.

Un estudio sobre el nacionalismo jurídico
isbne: 978-84-1352-886-1
ISBN: 978-84-1352-865-6
DEPÓSITO LEGAL: M-32.392-2023
thema: JPFN/LNAA1

impreso por artes gráficas coyve

este libro ha sido editado para ser distribuido. La intención de los editores es que sea utilizado lo más ampliamente posible, que sean adquiridos originales para permitir la edición de otros nuevos y que, de reproducir partes, se haga constar el título y la autoría.

*A Céline*

## Una laguna que colmar

Los estudios sobre nacionalismo se han desarrollado de manera considerable en los últimos 30 o 40 años con contribuciones fundamentales a nuestro conocimiento de dicho fenómeno en distintos campos del saber: la historiografía, la ciencia política, la sociología o la filosofía, principalmente. Situación muy diferente es la que encontramos, en cambio, en la ciencia jurídica, en la que apenas se ha prestado atención al nacionalismo ni a la literatura especializada en él. Todo lo más que puede encontrarse en la gran mayoría de los casos son citas o referencias a expresiones exitosas acuñadas por historiadores o politólogos expertos en el tema, usadas con frecuencia de manera incorrecta. Un ejemplo de esto sería la distinción establecida por los estudiosos del nacionalismo entre el modelo cívico y el étnico de nación, que suele servir en el debate no especializado para afirmar —sin matices— la existencia de naciones o nacionalismos cívicos, es decir, democráticos, tolerantes, abiertos, etc., al lado de otros que serían puramente étnicos, es decir, lo contrario de lo anterior. Otro sería el uso de la expresión que sirve de título a la obra más conocida de Benedict Anderson (*Imagined Communities*)[1] y que suele servir, por su parte, para defender la existencia de comunidades nacionales reales, fundamentalmente las que ya tienen un Estado, y de otras comunidades nacionales —las que no lo tienen— que serían no ya imaginadas, como lo dice Anderson, sino imaginarias, es decir puros ensueños, inventos o engaños de sus promotores[2].

Estamos ante lecturas desinformadas o tendenciosas, que deforman de manera notable las lecciones de los estudios especializados. En efecto, importa notar que el *distinguo* citado ya apenas hay quien lo defienda tal cual, sin matices, entre los expertos, por entenderse que los nacionalismos (o las naciones) son todos cívicos y étnicos (o políticos y culturales, si se prefiere) a la vez, en dosis más o menos grandes, más o menos equilibradas, con sus momentos más de lo uno que de lo otro, etc. Por otro lado, la idea según la cual habría comunidades

nacionales reales y otras inventadas, o más reales o inventadas unas que otras, es precisamente lo contrario de lo que Anderson quiso explicar en su libro: que todas las comunidades nacionales —entre tantas otras— son imaginadas, esto es, construcciones sociales ("all communities larger than primordial villages or face-to-face contact [and perhaps even these] are imagined")[3]. Son solo dos ejemplos que muestran cuán desconectada de los estudios especializados en el nacionalismo puede llegar a estar la ciencia social en general y la jurídica en particular[4].

Hay quien podría decir que esto es normal y no tendría yo el menor problema en darle en parte la razón. Pero solo en parte. En efecto, para los juristas científicos (me refiero a los profesores e investigadores en derecho), con mayor razón para los juristas prácticos (jueces, legisladores, abogados, etc.), el nacionalismo o la nación no es un objeto de estudio o de reflexión, una preocupación o un problema que se encuentre de manera habitual encima de su escritorio al llegar al trabajo cada mañana. A los juristas les interesan principalmente los textos jurídicos con los que trabajan, las instituciones que los producen y los aplican, el funcionamiento de los ordenamientos jurídicos, en general y en sus diferentes ramas o especialidades, por lo que su desinterés por temas que caen *a priori* fuera de su perímetro de competencia puede entenderse sin dificultad. Ahora bien, el hecho de que podamos entender el desinterés de la ciencia jurídica por el tema del nacionalismo —como veremos luego, ese desinterés es menos comprensible de lo que puede parecer a primera vista— no justifica ni hace desde luego excusables los errores de bulto que comete cuando se expresa —y lo hace con mucha frecuencia, este el problema— sobre él.

El trabajo que propongo en este libro tiene una doble finalidad. Por un lado, se trata de abrir e impulsar una línea de investigación sobre el nacionalismo en el ámbito del derecho. No puede ser, en efecto, que el tema del nacionalismo siga sin ser tratado y considerado en su justa medida en el campo de conocimiento propio del derecho. Como lo explicaré más adelante, no es solo que nuestros sistemas jurídicos estatales se encuentren saturados de nacionalismo, lo cual sería ya una buena razón para que los juristas se interesaran por dicho fenómeno, sino que, si esto que se acaba de decir es cierto, lo más probable entonces es que los conceptos e instrumentos mismos con los que trabajamos y por medio de los cuales los explicamos tengan más o menos el mismo problema. Si lo primero —la socialización generalizada en el nacionalismo— genera lo que se puede llamar nacionalismo sociológico, lo segundo encajaría mejor en la categoría del nacionalismo metodológico. Dimensiones, ambas, que se solapan y que serán analizadas aquí como complementarias, como dos versiones diferentes de lo que de manera general puede llamarse nacionalismo jurídico.

Por otro lado, puede pensarse que la incorporación de las lecciones de los estudios especializados en nacionalismo al enfoque o a la mirada del jurista tiene capacidad para ilustrar y confirmar la pertinencia del proyecto kelseniano en torno a la necesidad de una ciencia jurídica desconectada metodológicamente (y afectivamente) de su objeto de estudio, que por lo general no es otro que su propio sistema jurídico nacional[5]. Se trata de un enfoque sin duda novedoso, más que nada por ser exterior a la ciencia jurídica, y que viene a añadirse a otros esfuerzos ya con una bastante larga trayectoria en los estudios jurídicos, fundamentalmente

en teoría o filosofía del derecho, en un intento científico por describir y explicar correctamente el funcionamiento del derecho, a distancia de los prejuicios, creencias y dogmas diversos con los que el propio sistema se encarga de formar y disciplinar a sus operadores jurídicos, académicos inclusive, como Kelsen así lo advirtió ya en su tiempo.

Como ha pasado ya con los estudios especializados en nacionalismo que, en sus diferentes disciplinas académicas, han puesto el foco en este o aquel ámbito de expresión de nuestra modernidad política (la cultura, la historia, los medios de comunicación, la educación, etc.), es probable que el enfoque propuesto en este libro genere cierta incomodidad e incluso rechazo entre los juristas. Importa por ello detenerse un instante a definir con claridad el marco teórico y analítico de este proyecto y de la discusión en torno al nacionalismo jurídico.

## El nacionalismo sociológico como marco general en las sociedades contemporáneas

Las sociedades que se forman en nuestra modernidad política, a raíz de las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII, van a adoptar la forma conocida de Estado nación. Un nuevo marco, que rompe con el feudal, en el que se entiende que cada nación (el pueblo, los ciudadanos) se autogobierna por medio de sus instituciones y representantes estatales. A pesar del fenómeno acelerado de globalización de los últimos 20 o 30 años, nuestro mundo funciona básicamente así desde entonces, en torno a la figura central del Estado nación. Hablamos de un sistema en el que progresivamente se van a crear estructuras, primero, en el siglo XIX, de control y vigilancia de la ciudadanía (la administración, el ejército, la policía, etc.), más tarde, a lo largo del siglo XX, también de asistencia y cuidados (educación pública, sanidad, etc.), las cuales, con el paso del tiempo, van a ser capaces de modelar culturas nacionales diferentes unas de otras —pero básicamente cortadas por el mismo patrón— en las que los ciudadanos van a poder compartir una serie de valores y un sentido común que facilitará la cohesión y orden social, la solidaridad interna, la obediencia debida a la ley, así como el convencimiento, en general, de formar parte de una gran comunidad nacional merecedora de seguir tomando sus propias decisiones libremente.

El nacionalismo que da sentido y alimenta el modelo de Estado nación se va a acabar convirtiendo en una suerte de *software* con el que los ciudadanos van a procesar buena parte de la información que llega hasta ellos. Es el filtro cognitivo —podría decirse también— con el que van a ver la realidad que los rodea[6]. De este modo, como lo apunta Gellner, la nación y la nacionalidad (la identidad nacional) se van a acabar naturalizando, convirtiéndose en algo que, para las personas, será tan natural como tener una nariz o dos orejas[7]. De lo que se va a derivar lo que puede verse como uno de los rasgos característicos del nacionalismo o de la actitud nacionalista. En contra de lo que muchas veces se dice, el nacionalismo no tiene tanto que ver con sentirse uno mejor que los extranjeros, con alguna forma de supremacismo. Los españoles sabemos

perfectamente que el orgullo patrio va acompañado de un bastante arraigado complejo de inferioridad respecto de otras naciones que, por lo general, situamos por encima de la nuestra. Pasa, pues, con la nación algo parecido a la relación que mantenemos con la nariz o las orejas (las nuestras, quiero decir) del ejemplo de Gellner: puede que no sean las más bonitas, y muchas personas podemos incluso sentir un profundo complejo, pero, en el fondo, independientemente de cómo las veamos, no dejan de ser nuestras orejas y nuestra nariz, con las que nos sentimos identificados, con las que aprendemos a movernos en este mundo y a aceptarnos, quizás incluso a vernos bien. Y no aceptaremos de buen grado, desde luego, que alguien señale sus imperfecciones. Esa es también *grosso modo* la relación que hemos aprendido (nuestro sistema nos ha enseñado) a mantener con nuestra nación: puede que pensemos que no sea la mejor, puede incluso que a veces nos avergoncemos de ella, pero es la que tenemos. Y, en verdad, no es solo una forma de resignación al respecto por nuestra parte. Ha de pensarse que esa relación personal que cada uno desarrolla con su identidad nacional a través de su propia experiencia vital se encuentra determinada por todo un conjunto de estímulos que, en la formación nacional a la que me referí antes, tiende a hacernos apreciar nuestra nación, a verla con una mirada positiva y a valorar profundamente su existencia y todo lo que nos aporta. Volveré sobre esto en el primer capítulo.

En cualquier caso, esta naturalización de la nación y de la nacionalidad, que es el resultado de los largos procesos de construcción nacional (*nation-building*) y nacionalización en nuestras sociedades, es lo que podemos llamar aquí nacionalismo sociológico. El sociólogo Ulrich Beck se refiere a él hablando más de bien "nacionalismo metodológico"[8]. Yo reservaré esta última expresión aquí para un subtipo al que me referiré en un instante. Me interesa sobre todo la definición que da Beck de ella: "La consideración que se tiene de la nación, el Estado y la sociedad como formas sociales y políticas neutras del mundo moderno"[9]. La palabra importante aquí es "neutras". Aquello que percibimos como neutro en nuestras sociedades es aquello que vemos como algo que no se encuentra movido por o connotado con alguna ideología, creencia, interés, etc. A imagen —podría decirse— de la naturaleza misma, a la que no atribuimos intencionalidad, ideología o intereses. Basta con pensar en el calentamiento climático: nadie entre quienes vienen alertando de este problema global ha culpado a la naturaleza. Los responsables designados somos los humanos. Pues bien, la neutralidad del marco nacional opera en idéntico sentido, como algo que se ve en clave positiva, sin intencionalidad, ideología, etc. Algo necesario, incluso, en sociedades atravesadas por conflictos de todo tipo que necesitan que alguien los arbitre de manera justa. Piénsese en la figura positiva del árbitro, en el deporte, o del juez, en los tribunales. Su función y desarrollo correcto exigen su neutralidad.

Esta percepción particular que tenemos por lo general del marco nacional, como algo política y socialmente neutro, axiológicamente sin preferencias que promover, que existe sin que alguien lo haya puesto ahí, son las lentes con las que vemos y analizamos el mundo que nos rodea, desde el más inmediato al más lejano. Las consecuencias que se derivan de ello son varias, pero, para lo que aquí importa, podemos centrarnos solo en dos, quizás las más importantes y

características del fenómeno: la distorsión de la realidad que provocan esas lentes nacionalistas, por un lado, y la generación de preferencias (individuales y colectivas) vinculadas más o menos directamente, de manera más o menos consciente también, al sentido común creado por la comunidad nacional imaginada, por el otro.

Se trata de dos versiones —consecuencias, he dicho— de un mismo fenómeno, el nacionalismo de masas producido por nuestros Estados nación. Pero no se manifiestan del mismo modo ni en el mismo plano. La distorsión de la realidad que produce el nacionalismo sociológico interviene en el plano empírico, en la manera como vemos y entendemos racionalmente las cosas y hechos que nos rodean. Produce de este modo sesgos cognitivos (para que nos entendamos: pensamos que algo es de manera diferente a como es en realidad) que afectan y determinan luego nuestras decisiones. Pero también tiene una incidencia necesaria y clara en el plano axiológico, modelando nuestras apetencias, preferencias y valoraciones. Esto tiene especial importancia, como se verá, cuando planteamos la cuestión de la justicia, de lo que es justo hacer ante un determinado problema. Puede pensarse, por ejemplo —creo que es lo que muchos españoles pensaron hace unos pocos años—, que era justo enviar a la cárcel a una docena de líderes políticos y sociales independentistas por considerarse que habían cometido un grave delito de rebelión y sedición, que atentaba contra las bases mismas de la convivencia de la comunidad nacional española y su propia existencia. Aquí funcionaría como elemento clave la distorsión de la realidad, haciendo que resulte evidente algo (que hubo delito de rebelión y sedición) que, en realidad, si se miran los hechos desde la debida distancia, puede parecerlo mucho menos. Pero puede también pensarse —y seguramente muchos otros españoles entrarían en este tipo— que, aunque lo justo, si se analizan los hechos con objetividad, sería no condenarlos a penas de prisión tan altas, por el bien de la comunidad nacional amenazada tampoco pasa nada grave si al final son sancionados con dureza. Nos encontramos aquí con el problema clásico de lo justo y lo bueno: sé que lo justo es tratar a mi hijo con idéntica severidad con la que trato y juzgo a los demás niños, pero, al fin y al cabo, los otros niños no son mi hijo, y si tengo que salir en su defensa de la manera más injusta que uno pueda imaginar, muy probablemente lo haré. Preferiré mi bien o mi interés (el que entiendo es el bien de mi hijo) a lo justo. Y no me costará seguramente encontrar argumentos para convencerme a mí mismo de que, en definitiva, he hecho también lo justo. No estamos claramente bien situados para valorar objetivamente los méritos de nuestro hijo. Y ocurre con la nación, salvando las distancias, algo parecido. No en vano ha podido presentarse y entenderse como una extensión de la familia, como algo que genera obligaciones morales similares respecto de nuestros compatriotas a las que crea el parentesco hacia nuestra gente más querida.

El nacionalismo sociológico rápidamente descrito es el marco sociopolítico necesario para que se desarrolle un subtipo de nacionalismo, el que he llamado metodológico (y que más adelante llamaré simplemente nacionalismo jurídico). Lo entiendo y utilizo en este libro, en sentido restrictivo, como algo que concierne especialmente a los juristas, profesionales togados o académicos. Si bien es cierto que podemos encontrarlo también en periodistas, intelectuales o analistas de la

actualidad política (podría llamarse también nacionalismo de perspectiva), lo reservaré aquí para aquellos que son expertos en derecho y han de expresarse, por lo tanto —tal se espera de ellos—, de manera tan informada como imparcial sobre los problemas técnico-jurídicos que tratan o estudian. Dicho de otro modo, para que se perciba bien la diferencia, los ciudadanos no esperan probablemente de un periodista o de un historiador que les explique un determinado problema jurídico. Para eso se supone que están los juristas. Y un nacionalismo metodológico de cierta intensidad es aquí un problema, como lo veremos, pues vendría a viciar o a torcer epistemológicamente sus argumentos y conclusiones.

Las desviaciones y sesgos cognitivos que genera el nacionalismo en estos casos tienen que ver por lo tanto con la validez o veracidad de lo que se afirma sobre el derecho. Lo que está en juego en el nacionalismo metodológico es básicamente epistemológico, es decir, nuestro conocimiento cierto sobre tal o cual problema jurídico. El nacionalismo jurídico opera en estos casos generando lecturas e interpretaciones favorables a los propios intereses del sistema jurídico nacional proveedor de reglas y principios de derecho, que se hacen pasar con todo como meras explicaciones o descripciones científicas. Pero el hecho de que el problema que genera el nacionalismo metodológico en las ciencias sociales en general, y jurídicas aquí en particular, tenga que ver principalmente con la calidad de las explicaciones científicas ofrecidas no quita que el nacionalismo metodológico tenga también lógicamente, como subtipo producido por el sistema en el que opera (el nacionalismo sociológico dominante en los Estados nación), un papel importante a la hora de confirmar y reforzar aquellos puntos de vista, preferencias e intereses de cada comunidad nacional. Como veremos, esta afirmación, que puede resultar ofensiva para los científicos sociales, en la medida en que se puede ver cuestionada su ética profesional, ha de tratar de entenderse en ese marco nacional, al que me he referido antes, en el que las personas se convierten en juristas y científicos sociales a una edad ya avanzada (bien pasados los 20 años) en la que el proceso de nacionalización ya ha hecho el grueso de su trabajo de manera eficaz, preparando a ese futuro jurista o científico social primero de todo como un buen patriota. Y es que un jurista o científico social, se mire como se mire, es siempre antes de serlo —hablo de su línea de vida— una persona socializada en el nacionalismo (educación, deporte, medios de comunicación, etc.). Y esto dificulta sobremanera que pueda posteriormente reflexionar al margen de o contra las representaciones, creencias, etc., adquiridas tras largos años de inmersión en ese marco nacionalizador que es el Estado nación. Se refiere a ello oportunamente el filósofo Wayne Norman al observar cómo en algunas de las democracias occidentales de referencia, como Estados Unidos o Francia, los intelectuales tienen una marcada tendencia a no ver sus propias culturas políticas como culturas políticas nacionalistas[10] y, por lo tanto, a considerarse ellos mismos ajenos a cualquier forma de nacionalismo que podría torcer sus rectos razonamientos, análisis y conclusiones. Por las razones que vamos a ver a continuación, esta actitud —me refiero al convencimiento tan extendido en nuestras sociedades de operar fuera del perímetro de influencia del nacionalismo— se encuentra si cabe aún más arraigada y justificada en el ámbito del derecho.

## ¿Derecho y nacionalismo?

La imagen que se tiene por lo general del derecho —y que el propio sistema y sus operadores se encargan de promover— ayuda a verlo como algo que no tiene relación alguna con el nacionalismo. Esto que voy a decir refleja sin duda mejor el funcionamiento de los sistemas de derecho continental (o romano) que los de *common law*. En estos últimos, el derecho tiene como actor principal —así se entiende— al juez (*judge-made law*), mientras que en nuestros sistemas de derecho europeo sigue dominando la idea de un derecho legislado, creado fundamentalmente por el Parlamento. Dejando de lado aquí las diferencias notables entre uno y otro sistema, creo con todo que se puede decir que, en general, la afirmación anterior vale en todos ellos: el nacionalismo y el derecho (democrático) se encuentran en la opinión dominante en las antípodas el uno del otro. Aquí juega sin duda un papel relevante la concepción tan negativa que se tiene del nacionalismo —como algo relacionado con el irracionalismo— en nuestras sociedades, cuestión a la que referiré en el primer capítulo de este libro. Pero me interesa ahora centrarme brevemente en el derecho, en la manera como generalmente el sistema lo presenta y nosotros, los ciudadanos, tendemos a verlo, como una práctica social guiada por la razón y caracterizada por su despersonalización e imparcialidad.

La idea del derecho como un producto de la razón, su correspondencia por lo tanto con alguna forma de ideal, con lo justo y lo bueno, remonta cuando menos a los filósofos de la Ilustración. La ley, como creación de un legislador virtuoso, porque racional, es quizás su máximo exponente. De ahí vendrá luego —en los sistemas de derecho continental— esa otra imagen asociada a la primera, la del juez como una máquina expendedora de sentencias, sin afectos ni intereses ni ideología, cuyo cometido consistiría meramente en aplicar la ley, esto es, la voluntad del legislador. Montesquieu habla en ese sentido del juez como "la boca de la ley" ("les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi")[11]. Queda así excluida en dicha lógica la posibilidad —y en cualquier caso juzgado como algo negativo— de que el juez interprete la ley creada por el legislador, dándole un significado quizás diferente del que quiso este. Por decirlo en términos más contemporáneos, queda así descartada la posibilidad del activismo judicial, de que los jueces apliquen el derecho creado por el legislador como mejor les parezca, introduciendo de este modo en sus sentencias sus propias preferencias ideológicas, morales, de género, clase, etc.

Tal es la cadena lógica —así se presenta— que le asegura al edificio jurídico su prestigio como ámbito en el que domina la razón (contra la pasión) y la imparcialidad. Y encontramos numerosas pruebas de que esto sigue siendo así hoy día, de que el derecho (la Constitución, la ley, la jurisprudencia, etc.) es algo en nuestro imaginario compartido que se presenta como algo racional e impersonalmente decidido y que obliga a tomar determinadas decisiones e impele a abstenerse de tomar otras. No es poco común que los gobiernos, por ejemplo, justifiquen sus políticas diciendo que tal es lo que la Constitución o la ley les obligan a hacer, que no es, en el fondo, que ellos quieran actuar de ese modo, sino que no les queda más remedio que hacerlo así. Tampoco lo es que los jueces, o quienes luego comentan sus sentencias, expliquen que no han hecho sino lo que

decía la ley, que ellos no podían aplicar esa misma ley de otro modo, dándole un significado diferente del que en realidad tiene (porque ese es —se entiende— el que le quiso dar el legislador y ellos —los jueces— lo conocen). Y todo esto no solo es —como representación del funcionamiento de los sistemas jurídicos— racional y virtuoso. También es especialmente tranquilizador. Sabemos —o tal podemos decirnos al menos los ciudadanos— que el juez no va a sacarse un conejo de la chistera para llevar a cabo una interpretación sorpresiva de la Constitución o de la ley, o de algún precedente judicial. Aunque luego lo haga… Piénsese, de hecho, en lo perturbadoras que son para nuestras sociedades las noticias que se hacen eco del activismo judicial de tal o cual juez o tribunal. Lo cual sirve como demostración de que la imagen que tenemos y hemos aprendido a apreciar del derecho es la que he descrito con brevedad justo antes y, al mismo tiempo, de que la realidad del derecho es bastante diferente, mucho más compleja que la imagen ideal que los sistemas jurídicos promueven. No me adentro más en esta complejísima cuestión. Sería una tarea de teórico o filósofo del derecho —disciplina en la que mucho se ha escrito y esclarecido al respecto— para la que mis conocimientos no alcanzan. Pero creo que tampoco es necesario ir más lejos para lo que aquí pretendo que se vea: que nuestros sistemas de derecho son presentados y entendidos como un andamiaje racional e impersonal en el que no tienen cabida la sinrazón, los sentimientos, los afectos, los intereses, etc. Y de ahí que la relación que podría querer establecerse entre derecho y nacionalismo parezca entonces improcedente.

Esto es algo que puede comprobarse de maneras diferentes. Una encuesta rápida del lector realizada entre personas de su entorno que hayan estudiado derecho o lo practiquen en alguna de sus múltiples especialidades le convencería muy probablemente de ello. Lo normal para un jurista es ver su actividad como la antítesis del nacionalismo. Por otro lado, como ya se ha dicho, el nacionalismo como tema o problema es algo que no interesa en absoluto en el ámbito del derecho. Bastaría con echar una ojeada a los manuales universitarios para comprobar que se trata de un tema que brilla por su ausencia. Y esto de manera general, en España y en el resto de los países. Gennaro Ferraiuolo apuntaba recientemente como es prácticamente imposible encontrar la categoría analítica de "nacionalismo banal", bastante conocida en ciencias sociales, en los manuales y revistas especializadas en derecho constitucional italiano[12]. Si se llevase a cabo la misma investigación en muchos otros Estados, sería sorprendente obtener un resultado diferente. Se trata de un concepto o instrumento analítico importante en ciencias sociales, pero que se considera prescindible en el ámbito jurídico, pues este —se piensa— no tiene nada que ver con el nacionalismo.

Esta es una creencia muy extendida en el campo del derecho, que motiva el referido desinterés académico por el nacionalismo (como tema de estudio, primero; como problema social, después), y que solo ha podido verse contrariada en especialidades jurídicas en las que los juristas sí se han encontrado precisamente con ese problema y han tenido que lidiar con él. Me refiero concretamente al derecho internacional (privado fundamentalmente) y al derecho comunitario, ámbitos en los que la expresión nacionalismo jurídico no es desconocida ni causa sorpresa.

En derecho internacional privado ha habido que esperar hasta finales del

siglo pasado para empezar a sacudirse prejuicios y actitudes contraproducentes e ilógicas en la disciplina, como podía ser que los manuales especializados abordaran como algo natural la cuestión de la nacionalidad y de la extranjería, como capítulos imprescindibles en el estudio de dicha asignatura en las facultades de derecho, cuando se trata de problemas jurídicos que no son de derecho privado, sino de derecho público[13]. Ha de observarse, en efecto, que el derecho internacional privado es un ámbito que se interesa por las relaciones entre personas o empresas, en el que están en juego básicamente intereses privados. Lo que lo distingue del derecho privado nacional o interno es que esas relaciones de derecho privado tienen un perfil internacional. Sería la diferencia entre el matrimonio o el divorcio entre un español y una argentina (caso de derecho internacional privado) y el de dos españoles con domicilio en España (caso de derecho privado español). O la diferencia entre un contrato de seguros entre un asegurador suizo y una ciudadana española, por un lado, y el mismo contrato entre asegurador y ciudadano, ambos españoles y domiciliados en España. Pues bien, hasta fechas relativamente recientes se entendían aspectos clave de la disciplina, como el conflicto de leyes (saber qué ley se aplica, por ejemplo, al divorcio entre español y argentina), o el conflicto de jurisdicción (saber si son competentes los tribunales españoles, argentinos u otros), como cuestiones en las que de alguna forma estaba en juego la soberanía estatal. Lo cual no tiene el menor sentido, pues lo que importa en derecho internacional privado no es esto último, sino dar una respuesta jurídica razonable, rápida y eficaz a las partes en una determinada controversia de derecho privado.

El nacionalismo jurídico aparece en estos casos cuando la solución que el legislador o el juez nacional prevé o da para un caso de derecho privado tiende a favorecer, de manera más clara o velada, a un nacional de su Estado frente a un extranjero. Un caso conocido es el del artículo 14 del Código Civil francés[14], que prevé la posibilidad para un ciudadano francés de iniciar en Francia un procedimiento judicial frente a un extranjero incluso cuando ninguno de los dos tiene domicilio o residencia habitual en Francia, generando de este modo unos problemas de acceso a la justicia (costes, defensa probablemente en derecho francés, en una lengua que no es la de la persona demandada, etc.) injustificados para el demandado[15]. Esta es una regla de competencia judicial muy poco razonable[16], por lo escasamente conectado que puede estar ese caso de derecho internacional privado con el juez francés y su propio derecho (muy probablemente aplicado por el juez francés), y que favorece claramente los intereses del ciudadano francés. Esta manera de proteger o favorecer los intereses de ciudadanos o empresas nacionales por parte de un Estado puede recibir lógicamente el nombre de nacionalismo jurídico en derecho internacional privado.

Puede también observarse el mismo fenómeno y la misma reacción por parte de la doctrina jurídica en relación con el proceso de integración de la Unión Europea (en adelante UE). En los últimos años algunos tribunales constitucionales de los Estados miembros han podido dictar sentencias importantes en las que se cuestiona y presenta el despliegue competencial de la UE como algo que afecta a la propia soberanía de los Estados o su identidad constitucional. Esta reacción de defensa del espacio jurídico nacional, de las competencias de sus órganos, ha podido recibir la crítica de observadores —no

solo juristas— que ven en ella un claro nacionalismo jurídico17. Se entiende, de nuevo, que la defensa que se hace del orden jurídico nacional no es razonable atendiendo a los principios y reglas de derecho comunitario que los propios Estados han aceptado firmar, los cuales se verían puestos en tela de juicio por dichas sentencias. En otras palabras, frente al derecho aplicado de manera recta e imparcial, estaríamos ante un uso ideológico o interesado del derecho.

El nacionalismo jurídico es, por lo tanto, visto y reconocido como un problema por la doctrina en derecho internacional privado o comunitario y al mismo tiempo un concepto o instrumento analítico usado con relativa normalidad en la descripción y explicación de dicho problema. Parece que cuando los juristas salen de las fronteras de su propio derecho nacional y se confrontan con los problemas que allí surgen, son capaces de ver el fenómeno del nacionalismo jurídico. Pero pasa todo lo contrario en el grueso de las disciplinas o ámbitos jurídicos de derecho interno, cuyo contacto con el exterior —si bien hoy más habitual debido a la integración del derecho comunitario— es mucho menor. Se diría que para los juristas de derecho interno el nacionalismo jurídico no existe.

## Estructura del libro

Tratándose de un tema en el que dominan los prejuicios, es necesario empezar explicando las tesis fundamentales desarrolladas por la literatura especializada en el nacionalismo y la nación. El primer capítulo ofrece una descripción general y —en la medida de lo posible breve— del estado del arte en este campo del conocimiento. Me interesa especialmente centrarme en las lecciones principales de la literatura especializada, insistiendo en los puntos de convergencia entre los estudiosos, pues son estos los que hacen que la teoría dominante tenga una solidez científica no desmentida hasta hoy. Creo que cuando los estudiosos entramos en debates de matiz, de menor importancia en el fondo, podemos generar dudas injustificadas sobre todo aquello que se ha conseguido explicar y probar en la literatura especializada en los últimos 30 o 40 años. Ello no quiere decir, ni tal pretendo, que esas diferencias y matices entre los estudiosos más conocidos del nacionalismo no existan ni carezcan de interés. Por ejemplo, el punto de vista (bastante negativo) que Hobsbawm o Gellner ofrecen del nacionalismo no es exactamente el mismo que el que encontramos en otros estudiosos, como Anderson, sobre todo, o Billig o Anthony Smith. Pero esto, en el fondo, no ha de hacernos olvidar que todos describen y explican el fenómeno del nacionalismo recurriendo a la misma tesis constructivista, más o menos matizada por este o aquel enfoque complementario. Será pues importante centrarse en ella y tratar de extraer las lecciones y consecuencias que dicha tesis tiene para nuestro conocimiento del nacionalismo. Ello me ayudará a fijar de entrada el marco teórico y conceptual del análisis que se llevará después a cabo en el ámbito jurídico español.

He creído también necesario en ese primer capítulo reflexionar sobre lo que el nacionalismo implica para todos nosotros, sobre el impacto que tiene en nuestra manera de pensar y actuar. Es un punto que, en mi opinión, está bastante

desatendido en la literatura especializada y merece que nos detengamos en él. Además, esto será útil para entender mejor el análisis propuesto en los capítulos siguientes. En efecto, el nacionalismo se encuentra en nuestro imaginario compartido asociado a comportamientos y actitudes reprobables en nuestras democracias liberales. Esto tiene que ver, es claro, con la idea general que manejamos del nacionalismo, como algo emparentado con el irracionalismo y que ha dado lugar a las peores atrocidades de que la humanidad ha sido capaz en los últimos dos siglos. Ese primer capítulo me servirá, pues, para matizar mucho ese cuadro tan negro que tendemos a pintar sobre el nacionalismo, tratando de explicar qué es lo que este, como algo muy nuestro, produce en nosotros, como individuos socializados en él, qué es lo que nos inclina a pensar, decir o hacer, y cómo debemos, en el fondo, caracterizar el comportamiento nacionalista.

En el segundo capítulo exploro la relación entre derecho y nacionalismo y trato de exponer tanto el marco teórico general del análisis propuesto como las diferentes expresiones que adopta en el nacionalismo jurídico. Es un capítulo que inicialmente iba integrado en el capítulo primero, pero he pensado que era probablemente mejor separarlo de él para proponer así dos reflexiones claramente diferenciadas: una general sobre el nacionalismo, en el primer capítulo, y otra más específica sobre derecho y nacionalismo, en el segundo. La extensión quizás excesiva de ese primer capítulo tal como quedó escrito en la primera versión del libro me parecía también que invitaba al corte finalmente realizado, algo que también espero que facilite o agilice la lectura del libro.

En los capítulos siguientes (del 3 a 5) propongo la ilustración y demostración de lo que explico en los dos primeros. Me centro en el caso español simplemente porque es el que mejor conozco y, en cualquier caso, sin ánimo de presentarlo como algo excepcional en la política o el derecho comparado. Al contrario, entiendo que el análisis propuesto aquí es extrapolable a cualquier otro Estado nación de nuestro mundo, pues el nacionalismo forma parte de nuestra modernidad política, sea esta democrática o no. Naturalmente, decir que el nacionalismo es la realidad (entre otras, como el capitalismo, por ejemplo) de nuestra modernidad política no es lo mismo que decir que el nacionalismo motiva, o de manera determinante, todos y cada uno de nuestros actos y pensamientos, lo que sería claramente exagerado y absurdo. Esa es la razón por la que importa observar preferentemente aquellos comportamientos, ámbitos, momentos, etc., en los que el nacionalismo se expresa con claridad y vigor, descartando aquellos otros en los que pueda parecer menos relevante. Como lo explicaré, el estudio del nacionalismo jurídico ha de llevarnos al interés por ciertos casos en detrimento de otros en los que el fenómeno se puede observar con una intensidad muy baja, u otros aun en los que puede no tener sentido siquiera hablar de nacionalismo. Como lo comenté antes, del mismo modo que puede ser pertinente hablar de nacionalismo en las reglas creadas por el legislador o en su aplicación por parte de un juez o un tribunal en casos en los que se pretende favorecer a un nacional frente a un extranjero, hay muchos otros en los que, por ejemplo ante un juez, un divorcio no enfrenta a un nacional y a un extranjero, sino a dos ciudadanos españoles, razón por la que no encontraremos ni en las reglas aplicables al caso ni en la decisión del juez nada que nos pueda hacer pensar que el nacionalismo puede explicar la solución ofrecida por el juez.

En España, la cuestión frente a la que el nacionalismo jurídico ha funcionado quizás de manera más evidente y con mayor intensidad es la del conflicto territorial con los dos nacionalismos periféricos más fuertes, el vasco y el catalán. Al revés de lo que suele decirse y pensarse, ese conflicto no tendría en un lado a un auténtico nacionalismo (el vasco o el catalán) y en el otro a un no nacionalismo representado por el Estado, por sus principales órganos, altavoces mediáticos, etc. No, como todo conflicto nacionalista, nos encontramos con un choque entre dos nacionalismos, estatal y subestatal. Lo cual implica también que, en un Estado descentralizado como el español, el nacionalismo jurídico opera en los dos niveles. Hay un nacionalismo jurídico vasco o catalán, ciertamente, como también lo hay español. Ahora bien, en este libro me voy a centrar únicamente en el último. Por dos razones que pueden parecer fundamentales. La primera es que si queremos entender cabalmente el fenómeno del nacionalismo (jurídico aquí) es mucho más pertinente poner el foco en su versión más extendida y potente, la que corresponde al nacionalismo de los Estados nación, que centrarse en los nacionalismos subestatales. La segunda razón es jurídica y quizás más determinante aún. Tiene que ver con la existencia a nivel estatal de un orden jurídico completo, algo muy útil para los intereses del nacionalismo, como se verá, y que falta a nivel subestatal. El nacionalismo estatal goza, en efecto, del privilegio de disponer de un mayor poder de creación normativa (las principales normas del ordenamiento jurídico son creadas por él) y, sobre todo, de un monopolio en lo que hace a la interpretación jurídica, por medio de sus principales tribunales —Tribunal Supremo (TS) y Tribunal Constitucional (TC)—, lo cual le permite ajustar permanentemente la legalidad a su voluntad. Y el Estado, vale decir sus órganos centrales, se sirve lógicamente de este privilegio en su lucha contra todo aquello que puede representar una amenaza para su comunidad nacional. Los nacionalismos subestatales, por ejemplo. No se ha de ver nada extraño en ello.

El momento que mejor ilustra esta instrumentalización o uso político del derecho que caracteriza un nacionalismo jurídico de alta intensidad es sin duda el que encontramos durante el proceso independentista de la década pasada. Este intenso y largo conflicto que va del 2012 al 2017 va a resultar ser un fabuloso terreno de observación para un estudioso del nacionalismo jurídico y a él, por ende, le dedicaré la parte de desarrollo e ilustración de la reflexión propuesta. Me gustaría con todo precisar que este no es un libro sobre el *procés*. Un análisis completo de este tan intenso periodo no sería útil para lo que aquí pretendo explicar, por lo que necesariamente dejaré de lado hechos y cuestiones jurídicas sin duda importantes, que serían de tratamiento obligado en un trabajo académico dedicado al proceso independentista o a alguno de sus actores privilegiados (TC, Generalitat, etc.). Me interesa solo, por lo tanto, en la medida en que —creo— permite ilustrar bien la tesis que defiendo en este libro.

En el tercer y cuarto capítulo me centro en el trato reservado por el nacionalismo jurídico español al tema del derecho a decidir y más concretamente a la desactivación jurídica de la opción referendaria propuesta por el nacionalismo subestatal. Todo empieza, de hecho, en el País Vasco, no en Cataluña, y en este importante antecedente me detendré en el capítulo 3. Es el proyecto Ibarretxe el que va a poner sobre el tapete la opción del referéndum

como instrumento democrático idóneo para conocer la preferencia de los vascos en cuanto a su futuro político. Frente a dicha iniciativa intervendrá el TC, a instancia del Gobierno español, sentando en la sentencia 103/2008 la jurisprudencia que el mismo Tribunal se encargará de consolidar durante los años del proceso independentista catalán. Me interesará analizar esta importante decisión judicial, así como las sucesivas en dicha materia, pero también su recepción por parte de la doctrina iuspublicista española. Lo que muchos han podido definir en el debate público como constitucionalismo, una reacción lógica en defensa del orden constitucional, tiene para un estudioso del nacionalismo más bien la apariencia de nacionalismo jurídico: una defensa de la nación española y de su unidad, tal como el nacionalismo dominante la entiende, más que de la Constitución. Y es que puede pensarse que esta, a diferencia de aquella, no se ha visto amenazada en ningún momento por el proceso independentista, en el que me detendré en el capítulo 4.

En el último capítulo y, como el lector lo podrá constatar, siguiendo también el hilo cronológico de los hechos, me interesa poner la mirada en la manera en la que el Estado español ha actuado a raíz de lo que puede entenderse como el final del proceso independentista, con la declaración simbólica de independencia el 27 de octubre de 2017. Habida cuenta del fracaso del independentismo en su intento de ejercitar el derecho reivindicado de autodeterminación (el llamado derecho a decidir), pues se topó con el muro infranqueable de la legalidad española, las causas abiertas contra los líderes políticos y sociales del independentismo catalán por sus actuaciones al margen de la legalidad habrían podido tener un desenlace menos severo para ellos. Como se sabe, el Estado los perseguirá por lo penal en una causa en la que se pedirán numerosos años de prisión por un presunto delito de rebelión y sedición, principalmente. Es el momento en el que el nacionalismo español muestra sin duda su versión más extrema.

Je me propose d'analyser avec vous une idée, claire en apparence, mais qui prête aux plus dangereux malentendus[18].

## 1.1. Nuestra relación con la nación y el nacionalismo

Puede empezarse por una primera constatación: solemos llevarnos tan bien con nuestra nación como mal con el nacionalismo. Como ya se ha comentado, la socialización en comunidades nacionales les asegura a estas una gran lealtad por parte de una ciudadanía que ha crecido y se ha formado en los valores y principios secretados por ellas. Cuando llegamos a esa edad en la que somos capaces de pensar por nuestros propios medios, ser agentes racionales autónomos, hemos interiorizado ya toda una serie de creencias, valores y representaciones, las más de las veces positivas, sobre nuestra nación. Por eso, por lo general, esta no suele ser un problema sobre el que tengamos que reflexionar. Nuestra relación con ella se encuentra más bien en la dimensión afectiva. Es algo más sentido que pensado. El famoso "me duele España" de Unamuno, por ejemplo, que tan bien caracteriza la actitud de los regeneracionistas españoles de finales del siglo XIX y principios del XX, da una buena muestra de ello. Lo cual no quiere decir —y esto ha de notarse como algo importante— que dichos intelectuales no reflexionaran sobre su nación, al contrario. Pero lo hacían desde ese trasfondo de creencias, valores y representaciones que actúan como filtro a la hora de pensarla, y de una manera que puede considerarse de hecho como irracional, al menos si tomamos el término "razón" en su sentido ilustrado y más exigente, que asociamos tanto a la actitud crítica del agente racional (la duda metódica) como a la necesidad de no creer nada que no haya pasado antes por el tamiz de la prueba. En el tema de la nación pasa más bien lo contrario. No se piden pruebas. Las personas suelen más bien poner en pausa esa actitud escéptica y crítica que caracteriza al agente racional, para así creer en cosas que, de otro modo, no podrían aceptar[19].

Una de ellas es la que tiende a disociar totalmente el nacionalismo de la nación. Las personas suelen representarse la nación (tanto la suya como las otras) como algo natural que hunde sus raíces en una historia centenaria, a veces hasta milenaria. Es conocida la frase del expresidente español Rajoy, quien durante el

proceso independentista catalán pudo decir en varias ocasiones que la nación española tenía 500 años de historia. Hay quien incluso puede ir más allá de los Reyes Católicos, viendo ya quizás la Hispania romana como nación española[20]. Y no le van a la zaga algunos nacionalistas catalanes, por poner otro ejemplo, que sitúan el acta de nacimiento de su nación en el siglo X. Y así un largo etcétera.

Al tener una vida autónoma respecto de sus miembros, una existencia que hunde sus raíces en una lejana historia, la nación, en nuestra representación dominante de las cosas, no puede por lo tanto ser obra de un nacionalismo. Esto es, la obra de ciudadanos nacionalistas miembros de esa nación. La nación existe para los ciudadanos independientemente de lo que estos, sus miembros, quieran o piensen. No faltan desde luego quienes han podido expresarlo diciendo algo tan escasamente racional, si nos parásemos un instante a pensarlo, como que las naciones, a diferencia de las personas, son eternas. Se refiere a ello el sociólogo Craig Calhoun, recordando a un compañero suyo de la Universidad en Oxford (nada más y nada menos: no hablamos de una persona sin estudios), el cual se estaba muriendo en el hospital en tiempos de la guerra de las Malvinas, y cuenta Calhoun que al ir a visitarlo, su compañero le dijo que la gente se muere, pero que Inglaterra era eterna[21]. Una idea seguramente reconfortante para él en esos momentos finales de su vida, pero sin base empírica que la sustente: las naciones, todas, antes o después, como realidades sociales contingentes que son, deberían acabar desapareciendo. Del mismo modo que hubo históricamente un tiempo largo anterior al de las naciones y los nacionalismos, debería también haberlo después.

Ahora bien, en esta creencia toma cuerpo la disociación entre nación y nacionalismo a la que me refería. La nación es algo que ya está ahí cuando venimos al mundo, algo que estaba ahí mucho antes de nuestros padres y abuelos en muchos casos, y que seguirá ahí cuando nos muramos. No necesita por lo tanto a nadie para que su existencia siga su curso natural. Y mucho menos a nacionalistas, podría decirse, pues si la nación lleva aparejada toda una serie de connotaciones positivas para la mayoría de las personas, con el nacionalismo pasa exactamente lo contrario. Tenemos con él una relación inversamente proporcional a la nación. Nuestro amor o apego por la nación se torna en un rechazo visceral del nacionalismo.

La razón de que esto sea así tiene que ver con la evolución de nuestra percepción del nacionalismo y fundamentalmente con las atrocidades que se van a cometer durante la Segunda Guerra Mundial en el siglo pasado. Si a lo largo del siglo anterior el nacionalismo se encuentra asociado a los proyectos de modernización y liberalización de las sociedades, tras dicha contienda va a quedar vinculado con los horrores del fascismo y el nazismo. El ideal de liberación que recorre Europa (y ya antes toda América) durante la Primavera de los Pueblos en el siglo XIX —en pleno Romanticismo llegados a 1848— se tornará una pesadilla xenófoba y etnicista de persecución, exclusión y muerte 100 años más tarde. Todo ello en nombre de una idea de autenticidad de la nación llevada al extremo (la pureza). A esto último quedará más o menos asociado el nacionalismo en adelante.

Es fácil de entender que rechacemos que algo tan positivo y familiar para nosotros como la nación pueda estar relacionado con algo tan negativo (en nuestro

imaginario) como el nacionalismo. Ya no es solo, por lo tanto, que nuestras creencias sobre lo nacional se encuentren asentadas en una imagen esencialista y orgánica de la nación, como si de un ser natural se tratara. Como ya se ha dicho, esto nos hace difícil ver la importancia que podría tener el nacionalismo en el ser y devenir de las naciones. Pero manejamos, por añadidura, una representación del nacionalismo que es patológica, que lo presenta como una suerte de enfermedad de la razón. Esto imposibilita que podamos asociarlo con algo tan positivo como la nación. Por eso somos capaces de ver el nacionalismo en sus expresiones o manifestaciones más extremas, o que más nos contrarían, como así ocurre, en el primer caso, con los movimientos nacionalistas de extrema derecha (tipo Vox) y, en el segundo, con los nacionalismos que desafían la unidad y cohesión de nuestra comunidad nacional (tipo vasco o catalán), mientras que sus expresiones más banales u ordinarias, aquellas que nos son en el fondo más familiares y gratas, pasan desapercibidas para nosotros[22].

Tenemos, pues, una relación con la nación y el nacionalismo que se construye sobre la base de una creencia y no de una reflexión crítica, abstracta o descontextualizada. Es la creencia en nuestra comunidad nacional; la creencia también de que el mundo está compuesto de naciones que, como la nuestra, existen a la manera de los otros seres naturales que lo pueblan. Como en todas las creencias, hay mucho de error en esa manera de ver las cosas. Y son esos errores, de hecho, lo que nos incapacitan luego para entender bien los problemas que surgen con el nacionalismo. Pero, como veremos, tampoco hay que pensar que nuestra relación con la nación y el nacionalismo, básicamente como fieles o creyentes, es totalmente negativa, en el sentido de que nada bueno pueda salir de ella. En realidad, como se verá, como todas las creencias y ficciones sociales, la que concierne a la nación tiene mucho sentido, e incluso aspectos especialmente positivos que vienen a legitimarla y justificarla desde el punto de vista democrático. Quedémonos pues con esta última idea, sobre la que volveré luego, pero también con la otra: tenemos que abandonar todas nuestras creencias sobre la nación y el nacionalismo, dejarlas de lado, desaprender lo mucho aprendido si queremos entender bien el fenómeno del nacionalismo y los problemas que pueden surgir en torno a él[23].

## 1.2. ¿Qué sabemos con certeza del nacionalismo?

La idea de nación es sin duda una de las que más tinta ha hecho correr en los dos últimos siglos. Un inventario de las definiciones que han podido ser propuestas durante ese periodo ocuparía decenas de páginas. Esto no ha de sorprender tratándose, como ya se ha dicho, de un concepto central en nuestros sistemas jurídicos y políticos. Ahora bien, lo que quizás sí pueda parecer más sorprendente en este caso es la poca luz que arroja sobre la nación mucho de lo escrito sobre ella. Lo más probable, de hecho, es que el lector deseoso de entender lo que es la nación y el nacionalismo no encuentre respuestas acertadas a sus preguntas en esa maraña de textos y definiciones. Podrá encontrar ciertamente en los escritos

de los intelectuales más influyentes de los dos últimos siglos algo que le suene familiar y que venga a confirmar sus propias intuiciones o convicciones. Pero no tendrá una explicación clara y precisa de lo que es realmente la nación y el nacionalismo, su sentido, su finalidad, etc.

Lejos de ser extraño, esto es bastante normal. En la mayoría de los casos, la intención principal de quienes se han interesado por la nación no ha sido explicar algo al respecto, sino más bien seducirnos con esa idea (o al contrario: combatirla), hacer que nos adhiramos a ella. Normal —insisto—, tratándose de una idea que tiene un rol fundamental en la organización y legitimación del poder político en nuestras sociedades. Mucho más numerosos han sido, pues, los que han querido seducirnos con la idea de nación (o criticarla una vez que se hace dominante) que explicárnosla realmente. Esto sigue siendo cierto aún hoy, pues el concepto de nación (o de pueblo) sigue teniendo ese mismo papel fundamental de legitimación del poder político. Para convencerse de ello, bastaría con pensar en el caso de la UE, que muestra con meridiana claridad las dificultades que surgen para crear un sistema político fuerte y cohesionado cuando la idea de nación o pueblo no es operativa en él, no pudiendo entonces este tomarla como fundamento de legitimación de proyectos políticos más ambiciosos.

Importa, por lo tanto, distinguir en este tema dos enfoques diametralmente opuestos: el normativo (político, es decir, interesado en que lo veamos de una determinada manera, positiva o negativa), por un lado, y el analítico, por el otro. Solo el segundo trata de decirnos lo que es la nación y el nacionalismo. Al primer enfoque no le interesa explicar nada, sino simplemente fundar y legitimar la nación, hacer que exista para nosotros, que nos adhiramos a todo lo que representa[24]. Y en ese cometido —político, he dicho—, si es necesario mentir, confundir, deformar la realidad, inventar tradiciones, mitos, etc., se hará sin problema. El fin —la creación y defensa de la nación— justificará los medios utilizados. De ahí la necesidad para quien desee entender lo que es la nación y el nacionalismo de leer a aquellos que se han acercado al tema con la única intención de entenderlo y explicarlo.

Por fortuna, hoy contamos con una muy extensa bibliografía académica sobre el tema del nacionalismo. Se trata de una literatura que ha alcanzado en los últimos 30 años un nivel científico que ha superado con mucho el alcanzado por los estudios anteriores a la década de los ochenta o los noventa del siglo pasado. El historiador José Álvarez Junco se ha referido con razón a ello hablando de "una revolución científica" en este campo de investigación[25]. Y es que, en efecto, hoy sabemos muchas cosas sobre la nación y el nacionalismo con un grado de certeza que años atrás no se tenía. Lejos quedan ya las disputas académicas (probablemente más ideológicas que académicas, pero dejémoslo ahí) entre los partidarios de una idea de la nación que hunde sus raíces en la historia premoderna (perennialistas o primordialistas)[26] y aquellos otros (modernistas o constructivistas[27]), hoy claramente dominantes, que afirman la necesaria precedencia del nacionalismo respecto de las naciones (en su sentido moderno) y que las describen y explican como un constructo social, un entramado de discursos, prácticas y creencias en estrecha relación con la legitimación y organización del poder político (la soberanía), del que el pueblo o nación se presenta sistemáticamente como titular y que adopta sus formas y contornos

característicos no antes de nuestra modernidad política hacia finales del siglo XVIII.

Esta tesis dominante en la literatura especializada, debidamente matizada hoy por las precisiones aportadas desde el etnosimbolismo[28], que insiste en las precondiciones étnico-culturales, en la anterioridad de identidades sociales y de un sustrato cultural (que será por lo demás el material plural con el que trabajará selectivamente el nacionalismo), no deja hoy mucho margen para la duda o la discusión. No al menos en sus grandes líneas. La cuestión de la antigüedad de las naciones, por ejemplo, puede seguir teniendo interés y centrando la atención de los estudiosos sin que por ello las conclusiones que se puedan extraer de esos debates tengan la menor relevancia tanto para nuestra comprensión del nacionalismo y de las naciones, tal y como son desde el inicio de nuestra modernidad política, como desde un enfoque normativo si nos interesa saber, por ejemplo, cuáles deben existir y constituirse políticamente como deseen y cuáles no. Lo apuntan, creo que acertadamente, Delanty y O'Mahony al preguntarse "de qué manera la existencia de dichas naciones premodernas debería importar para las naciones modernas"[29].

Nos encontramos así con una tesis dominante en este campo de estudio que realiza una lectura o descripción del fenómeno del nacionalismo que ha alcanzado un grado de cientificidad que no se ha visto desmentido en los últimos 20 años. Su resistencia —diría que cómoda— a la crítica se presenta sin duda como la mejor prueba de la consistencia de la tendencia dominante en este campo de estudio. Lo cual significa que, en contra de lo que tantas veces se pretende en ciencias sociales (como ciencias "blandas", caracterizadas por la incertidumbre[30], por oposición supuestamente a las "duras"), tenemos garantías muy serias para entrar en el tema del nacionalismo y de la nación de la mano de los expertos con la seguridad de acceder a un conocimiento cierto sobre dicho fenómeno. En sus grandes líneas, y para lo que aquí nos interesa, la teoría constructivista o modernista puede declinarse, en apretada síntesis, de la siguiente forma:

- Las naciones son realidades o constructos sociales[31], ficciones útiles[32], comunidades políticas imaginadas[33] obra de los nacionalismos. Volveré sobre este importante punto en la sección siguiente.
- En el sentido moderno del término, que conecta con la especial forma de legitimación del poder político del Estado posterior al feudalismo (dioses y reyes dejan de ser fuente de legitimación de la soberanía), los nacionalismos construyen naciones para los Estados ya existentes (nacionalismo de Estado) o imaginan y crean las condiciones de posibilidad para futuros Estados nación (nacionalismo sin Estado).
- En este sentido, si tomamos como referencia temporal el inicio de la modernidad política, marcada por el referido binomio Estado-nación, las naciones, tanto las actuales como las pasadas (o las futuras), no pueden haber existido o existir sin la presencia necesaria de un nacionalismo que las imagine, las cree y les dé una determinada forma y contenido (identidad).

- Esto significa necesariamente que detrás de cada una de las naciones que actualmente somos capaces de reconocer (como nación), inclusive entre las que pueden generar menos controversia al respecto (Estados Unidos, México, Francia, Austria, etc.), hay un nacionalismo que ha imaginado, creado, desarrollado y consolidado en el tiempo, más o menos largo, su propia nación. Y ese nacionalismo no ha dejado de ser en la actualidad un proyecto político dominante[34].
- Se sigue de esto que la incompatibilidad que muchos observadores no expertos encuentran entre el nacionalismo y las naciones contemporáneas, como si estas ya no tuvieran nada que ver con el nacionalismo (solo habría en ellas un sano "patriotismo", siguiendo el *distinguo* de Viroli)[35], carece de fundamento. Lo cierto es lo contrario: no hay nación (democrática o no) sin nacionalismo que la sustente. Esto vale también para las naciones democráticas organizadas como Estado de derecho, e independientemente de la forma de Estado (unitario, centralizado o descentralizado, o federal) que adopten.
- Por la misma razón, yerran también quienes realizan una lectura del nacionalismo en exclusiva clave negativa o patológica, como si fuera necesariamente la "guerra" (Mitterrand), "el sarampión de la humanidad" (Einstein) o meros "sentimientos tribales" (Hayek)[36], asociando el fenómeno únicamente, por una parte, a movimientos de extrema derecha o a regímenes autoritarios poco o nada atentos a los valores y principios democráticos, y, por la otra, a nacionalismos subestatales[37].
- Si toda nación implica necesariamente un nacionalismo que la sostenga, entonces la caracterización exclusivamente negativa del nacionalismo carece también de fundamento: si hay naciones democráticas, esto es, nacionalismos que han sabido hacer suyos e implementar los valores, principios y prácticas democráticas y liberales en sus respectivos Estados, entonces el nacionalismo no puede ser necesaria y exclusivamente un mal[38].
- El hecho de que haya nacionalismos que han generado las condiciones para que la vida democrática pueda desarrollarse en un determinado número de Estados, nacionalismos que no responden de este modo a la imagen negativa dominante en el debate público, nos invita a centrarnos en los diferentes tipos de nacionalismo (de Estado o sin Estado, liberales o no, democráticos o no, más bien cívicos o más bien étnicos, etc.), en sus formas discursivas y realizaciones, y a sacar conclusiones sobre su perfil más o menos positivo o negativo solo tras su examen atento[39].
- De lo antedicho se sigue asimismo que el *distinguo* clásico entre nacionalismo cívico o político y nacionalismo étnico o cultural ha de ser manejado con mucha prudencia, pues todos los nacionalismos son, en realidad, en grados diferentes, a la vez cívicos y étnicos[40], en el sentido en que trabajan necesariamente

en ambas dimensiones, la política (legitimación y organización del poder, intereses) y la cultural (generación del sentimiento de pertenencia a la comunidad nacional). En ese sentido, lejos de la caricatura que hace del nacionalismo un fenómeno bajo la batuta de emprendedores culturales movidos por el resentimiento, el odio y los instintos tribales, tendríamos procesos que operan apelando tanto a las emociones como a la razón[41], atentos tanto a los afectos como a los intereses.

- Finalmente, y llevando ya las lecciones que se acaban de mencionar al terreno de la praxis política y del debate normativo, de lo anterior se sigue que la legitimidad de que pueden gozar las naciones actualmente organizadas como Estado (sea democrático y liberal, en mayor o menor medida, o no necesariamente) no implica —como tantas veces se dice— que los nacionalismos con proyectos nacionales concurrentes respecto al del Estado carezcan de la misma legitimidad. Si en democracia esta se mide en términos de adhesión de los ciudadanos a un determinado proyecto político, siempre adoptando unas formas civilizadas, y si el nacionalismo subestatal cuenta con dicho apoyo social, no se puede inferir del carácter democrático de un sistema estatal o de la legitimidad de que goza la nación del Estado la ilegitimidad de un proyecto nacional concurrente en su seno. El aumento considerable de Estados nación en nuestro mundo nos está diciendo que estos fueron antes nacionalismos sin Estado capaces de dotarse de una legitimidad (frente al Estado del que se separaron) para su proyecto nacional.

Todo esto y algunas cosas de menor relevancia sabemos de la nación y del nacionalismo. Y las sabemos, además —no se insistirá nunca lo suficiente en esto — como cosas ciertas, esto es, verificables empíricamente. No son, por lo tanto, meras opiniones a las que podríamos oponer otras en sentido contrario. Las naciones son, sí, construcciones sociales obra del nacionalismo, de los movimientos y proyectos nacionalistas que caracterizan nuestra modernidad política, y no comunidades que surgen en tiempos remotos y atraviesan la historia de la humanidad hasta el tiempo presente. Por esa precisa razón es necesario poner el foco en nuestro tema en el creador (el nacionalismo) y no, o no tanto, en su obra o creencia (la nación). Es lo que propongo un poco más adelante al centrarme en el funcionamiento del nacionalismo jurídico. Pero es quizás necesario antes disipar alguna confusión recurrente en torno a la idea de nación como ficción o constructo social.

### 1.3. ¿Qué son las naciones creadas por el nacionalismo?

Una vez que se ha dicho que las naciones son ficciones o creencias socialmente

útiles, conviene preguntarse qué es lo que esto significa concretamente. En efecto, no es por desgracia poco frecuente que de las explicaciones propuestas por los científicos sociales expertos del tema se deriven lecturas erróneas que vienen a dificultar nuevamente la comprensión que podemos tener de los problemas generados por el nacionalismo.

La idea de nación como comunidad imaginada, creencia, ficción, artefacto cultural, etc., ha podido entenderse —sin duda espoleada por las teorías postmodernistas muy en boga con el cambio de siglo— como la representación de algo que en realidad no existe, como un mero discurso o relato generador de fantasías sin base empírica. De la idea, defendida por los estudiosos del nacionalismo, de la nación como comunidad imaginada o ficción social se ha podido llegar a esta otra de la nación como algo que sería puramente imaginario (no ya imaginado), inexistente y, por lo tanto, también inescrutable. Es importante detenerse brevemente en estos dos puntos (el modo de existencia de las naciones y su prueba posible) para disipar un par de equívocos tenaces.

No es inusual que se compare a la nación con los dioses, por un lado, y al nacionalismo con las religiones, por el otro. La comparación es sin duda pertinente en ciertos aspectos (no en vano he hablado antes del nacionalismo como una creencia), pero muy poco en algo que resulta aquí fundamental. Ha de notarse que aquello en lo que creen los nacionalismos son comunidades humanas que existen realmente, cuya existencia, a diferencia de los dioses de las religiones, es contrastable en un determinado territorio y momento. Si nos preguntamos por la existencia de la nación española o portuguesa, por ejemplo, creo que resultará muy difícil discutir que podremos poner la vista en el espacio geográfico conocido como la península ibérica y tratar de ver si los grupos humanos que la pueblan pueden distinguirse unos de otros con relativa facilidad y corresponden a lo que entendemos convencionalmente por nación. Nada de eso es posible hacer con los dioses[42].

Los nacionalistas son por lo tanto creyentes, sí, pero en algo que existe. Es cierto que aquello en lo que creen no es como realmente ellos se lo representan. Las características que suelen atribuir a su nación no se corresponden exactamente con la realidad. Las comunidades nacionales son mucho menos antiguas, homogéneas, estables, cohesionadas, etc., de lo que los nacionalismos suelen decirlo (sin duda desearlo también). Pero de esta falta de correspondencia entre las características de aquello en lo que se cree y la realidad no se sigue que aquello en lo que los nacionalistas creen no exista. Son dos cosas diferentes. La comunidad humana que en un determinado territorio se percibe como una nación y actúa en consecuencia no es algo que podamos ignorar o presentar como una pura fantasía o delirio de un grupo de personas[43].

Las naciones o, si se prefiere, los grupos humanos que nombramos convencionalmente por medio de ese sustantivo existen, por lo tanto. Ahora bien, no son realidades del estilo de un árbol o una piedra. El árbol o la piedra no necesitan que las personas crean en ellos o vengan a constatar su existencia para existir realmente. Tienen una existencia autónoma, independiente de lo que los seres humanos podamos ver, pensar o creer. El modo de existencia de las naciones es diferente. Hablamos de comunidades humanas territorializadas que poseen una serie de características objetivas (culturales) que sin duda las definen y

distinguen unas de otras, pero que solo alcanzan a constituirse como nación cuando sus miembros se reconocen como parte de una misma comunidad nacional. El hecho de compartir unos determinados rasgos culturales (lengua, etnicidad, religión, etc.) contribuye ciertamente a que un colectivo humano se perciba como una nación diferenciada de otras, pero esos criterios objetivos, por sí solos, no son suficientes. Para que una comunidad humana sea una nación, en el sentido moderno que aquí nos interesa, es necesario que sus miembros crean formar una nación con derecho a gestionar libremente sus asuntos. El elemento subjetivo (intersubjetivo, de hecho: lo que las personas creen y quieren juntas) es por lo tanto fundamental. Nos permite, por ejemplo, distinguir a aquellas comunidades humanas que tienen una conciencia o identidad nacional propia (España, País Vasco o Escocia) de aquellas otras que no la tienen (Extremadura, por ejemplo).

Si lo anterior es importante, no lo es menos la manera en la que la comunidad nacional, es decir, sus miembros, percibe sus propias ambiciones y se proyecta hacia el futuro. No parece que hablemos exactamente de lo mismo en el caso de comunidades nacionales que aspiran a ser políticamente soberanas (España o, incluso, con los matices que a continuación se expresarán, Cataluña) y en el de comunidades que pueden autopercibirse como nacionales, y que hasta algún observador podría aceptar como naciones (tipo Galicia, por ejemplo), pero cuya ambición política parece estar muy por debajo de la antes mencionada. La voluntad colectiva "de ser" (nación) es pues fundamental, pero no lo es menos la de serlo de una determinada manera (nación soberana).

Tenemos, de este modo, tres criterios que definen cumulativamente lo que es una comunidad nacional en nuestra modernidad política: el objetivo (unos rasgos culturales —en sentido amplio— distintivos), el subjetivo (voluntad de ser) y la aspiración a la soberanía (la libre decisión sobre su devenir). Pues bien, ha de notarse que dichos criterios son empíricamente observables. Lo cual significa que, en contra de lo que con tanta frecuencia se dice, la evidencia empírica nos permite saber con garantías si, al hablar de una comunidad humana, estamos ante una nación en el sentido moderno del término o ante algo diferente.

Es cierto que el criterio objetivo no nos permite saber qué o cuántos elementos distintivos ha de tener una nación. Generalmente la lengua cuenta entre uno de ellos. Sin embargo, como tantos observadores han podido advertirlo desde tiempo atrás, la lengua no es algo que permita diferenciar a comunidades nacionales como la británica, la estadounidense o la australiana, todas de lengua inglesa, o a la española, argentina o colombiana, todas de lengua española. Ahora bien, el que esto último sea cierto no es tampoco razón válida para decir que la lengua no es un criterio objetivo por medio del cual las personas en dichas comunidades nacionales puedan verse como miembros de su nación y que les permita distinguirla de tantas otras cuya lengua es diferente. Es decir, lo que vale en general (las naciones no se constituyen por identidad de lengua) no tiene mucho sentido si nos centramos en cada caso concreto. La lengua nacional es para las personas uno de los criterios que definen y distinguen con más claridad a su nación del resto. Y cuando la lengua no permite distinguir dos naciones, porque hablan la misma, entonces intervendrán otros rasgos diacríticos (objetivos también) que sí lo permitirán. Sea como fuere, es importante notar que hablamos

de un criterio (como el resto de los criterios culturales en los que podamos pensar) empíricamente observable. Si aquello que define lingüísticamente a la nación estadounidense es la lengua inglesa, en vano se dirá que hay otras naciones de habla inglesa o que en los Estados Unidos hay también millones de hispanohablantes. Ocurre lo mismo si ponemos la mirada en un caso más disputado, como el catalán. Si aquello que define lingüísticamente a la nación catalana, según el nacionalismo catalán que cree en dicha nación (pues no tiene mucho sentido pensar en la nación catalana desde la óptica del nacionalismo español, que no cree precisamente que la nación catalana exista en el sentido moderno y pleno antes expresado), es el hecho de tener como lengua propia el catalán, lo que ha de importarnos a la hora de validar este criterio no es si el catalán es la lengua propia de Cataluña (algo que le discute el nacionalismo español) o si es más hablada que el castellano (algo que puede oponerle el nacionalismo español de nuevo), sino simplemente, como en el ejemplo anterior, si hay en Cataluña una correspondencia entre lo que ideológicamente (interesadamente) se afirma respecto del catalán como lengua de la nación catalana, por un lado, y la realidad (si existe y se usa lo suficiente), por el otro[44]. Y lo cierto es que sí la hay. Algo que verán y reconocerán (interesadamente) con más facilidad los nacionalistas catalanes que los españoles, pero que difícilmente podrá negar un observador mínimamente imparcial. Lo cual nos lleva al segundo criterio, al subjetivo.

La voluntad de ser nación, o el hecho de creer que ya se es nación, es algo también objetivable, que puede ser observado empíricamente. Si hablamos de naciones con Estado, esto puede verse en la manera en que los gobernantes y los ciudadanos actúan en lo que hace a su proyecto de Estado nación. ¿Están los gobernantes y los ciudadanos dispuestos a perder su Estado o actúan más bien en sentido contrario, en defensa de su independencia estatal y nacional? ¿Seguiríamos pensando que una sociedad que renuncia a su Estado, en el sentido convencional del término, es una nación como aquellas que siguen teniéndolo? Parece poco probable. Si hablamos de naciones sin Estado, esto puede notarse, por ejemplo, en la presencia y apoyo a partidos nacionalistas (la diferencia entre Cataluña y Andalucía, pongamos, salta a la vista), en los proyectos más o menos ambiciosos que presenten y en el apoyo que estos puedan encontrar entre los ciudadanos (la diferencia entre Cataluña y Galicia es clara también). En estos últimos casos, más discutidos y complejos, puede haber dudas sobre el hecho de saber si Cataluña es nación catalana o española, o más lo uno que lo otro. Ha de admitirse que, en este punto, la cuestión puede parecer no tener respuesta clara. Hay muchas personas (dentro y fuera de Cataluña) para quienes Cataluña es una parte de la nación española y hay muchas otras (dentro, sobre todo, y fuera también de ella) para quienes Cataluña es una nación diferente de la española. Es un debate de percepción, opinable pues, en el que la identificación de las personas con una u otra comunidad nacional parece determinante. Para quienes tienen una identidad nacional española (exclusiva o dominante), Cataluña suele ser percibida como nación española. Para quienes tienen una identidad nacional catalana (exclusiva o dominante), Cataluña suele ser vista en cambio como nación catalana. Un debate ideológico indecidible, en el fondo.

El problema aquí es que alguien podría creerse autorizado (pasa a menudo) a

hacer de esto un argumento válido para el debate racional en aras de mostrar que la prueba de la existencia de las naciones es imposible[45]. Lo cual conectaría muy bien con la idea de nación como algo imaginario y fantasioso de antes. Ahora bien, ha de notarse que lo que hace que el debate sobre la existencia de las naciones sea indecidible es su marcado perfil político, porque político (interesado) es el enfoque con el que se mira el problema en el debate público. Es bastante obvio que el interés político de un nacionalista catalán es presentar a Cataluña como menos (nación) española de lo que lo es, del mismo modo que para el nacionalista español lo será aminorar el carácter nacional de Cataluña hasta el punto de negarlo, o al menos relativizarlo. El interés político lleva lógicamente a disentir al respecto. Nada extraño hay en ello, pues, como lo dice Billig, "la batalla por la nacionalidad es una batalla por la hegemonía mediante la cual una parte reivindica hablar por el conjunto de la otra y representar la esencia nacional"[46]. Ahora bien, se entenderá que no puede ser ese el enfoque con el que el científico social observe su objeto de estudio a la hora de determinar la existencia de una nación o que prevalga en el debate racional sobre el asunto. Y lo cierto es que, como ha podido expresarlo Justo Beramendi[47], cuando dejamos de lado los intereses de una y otra parte, y tratamos de ver con la debida objetividad la situación catalana en lo que hace a su identidad nacional, lo único que rigurosamente puede afirmar un científico social es que en Cataluña hay tanto nación catalana como nación española, pues entre sus habitantes se cuentan en millones los que creen que Cataluña es nación catalana o que es nación española (no habiendo, por lo demás, quien reivindique una identidad nacional diferente para ese territorio y población). Un número demasiado grande en los dos casos como para no tenerlo en cuenta. Tenemos, pues, dos comunidades nacionales que se disputan políticamente la hegemonía en un determinado territorio.

Finalmente, y necesariamente relacionado con lo anterior, el tercer criterio nos habla, de una manera nuevamente contrastable, de la fortaleza del proyecto de nación defendido por el nacionalismo. Si la creencia nacional no desemboca en un proyecto político capaz de luchar por la soberanía de la nación cuya existencia se afirma, las dificultades para poder hablar de nación serán objetivamente evidentes. Esto parece muy obvio nuevamente si pensamos en las naciones con Estado o sin él. ¿Puede una nación con Estado renunciar a él sin que esto tenga un impacto importante en su propia percepción como comunidad nacional e incluso en nuestra percepción exterior sobre esa comunidad humana? No me refiero a que desaparezca como nación (en sentido cultural, por ejemplo), sino a si seguiría respondiendo a lo que implica el concepto de nación (política) en el sentido moderno que estamos manejando. No lo parece, desde luego. Lo mismo sucede con las naciones sin Estado. Es cierto que no todos los proyectos nacionalistas tienen como objetivo la obtención de un Estado propio y es cierto también que el contexto en el que cada nacionalismo sin Estado se encuentra puede generar mayores o menores incentivos y oportunidades para que un proyecto subestatal nacional ambicioso pueda desarrollarse. Pero, en el fondo, sin obviar que los movimientos nacionalistas inscriben su acción en el tiempo largo y que pueden por lo tanto tener sus momentos de mayor o menor éxito o ambición, cuando un proyecto nacionalista abandona la aspiración soberanista, lo más pertinente es verlo como parte de algo que todavía no es objetivamente una

nación, aunque con el tiempo pueda acabar siéndolo. Probablemente lo más pertinente en estos casos sea de hecho hablar de regionalismo (y de región), más que de nacionalismo (y de nación). Y ello, sin obviar —insisto en ello— que un movimiento regionalista puede transitar hacia el nacionalismo. El caso de los nacionalismos periféricos en España es bastante ilustrativo, con una evolución histórica clara en ese sentido: del regionalismo al nacionalismo. Ahora bien, el salto cualitativo (posible) de lo uno a lo otro también es empíricamente observable y ha de permitirnos pronunciarnos sobre la identidad de ese movimiento o proyecto político con un alto grado certeza.

En resumen, sí, es cierto que las naciones son comunidades imaginadas, ficciones sociales útiles, artefactos culturales obra de los nacionalismos. Pero de ello no se puede derivar que sean como unicornios o dioses, fantasías únicamente reconocibles para nosotros mediante un acto de fe más o menos consciente e interesado. Muy al contrario, las naciones se presentan ante la mirada de cualquier observador racional exigente como comunidades humanas territorializadas y con pretensiones soberanas. El hecho de que los miembros de dichas comunidades se representen su nación de una manera exagerada que no se corresponde con la realidad no tiene nada que ver con la existencia de dicha comunidad ni con la manera como actúa (de manera más o menos consecuente con esa creencia suya). Dicho en otras palabras, la creencia sobre las características de la nación puede no tener base empírica, teniéndola, con todo, la existencia de esa comunidad de creyentes en la nación.

Quienes llevan la crítica al nacionalismo hasta el punto de defender que es imposible pronunciarse sobre la existencia de una nación, sobre la cuestión de saber si tal o cual comunidad humana es o no una nación, cometen por ello un grave error. Y por partida doble. Primero, pasan por alto que la determinación objetiva de una nación es algo relativamente fácil de realizar para cualquier observador racional con los tres criterios anteriores en la mano y si se toma la debida distancia emocional sobre el asunto. Puede que muchos vascos y catalanes rechacen que España (la España que se representan la mayoría de los españoles) sea una nación, pero la cantidad tan grande de personas (españolas y extranjeras) que creen lo contrario ha de llevarnos a darles objetivamente la razón a estos últimos, pues los tres criterios antes citados son fácilmente observables (comunidad con una etnicidad determinada, con voluntad de ser nación y ser soberana). Del mismo modo, puede que para muchos españoles, residentes o no en Cataluña o en el País Vasco, Cataluña o el País Vasco no sea una nación, pero la cantidad tan grande de personas (vascas y catalanas, y seguramente también extranjeras) que piensa lo contrario ha de llevarnos a darles la razón a estos últimos. Más difícil será ya en cambio darles la razón objetivamente a los nacionalistas gallegos que piensan que Galicia es una nación. Aquí los números (el apoyo social a ese proyecto) juegan claramente en su contra y nos será por ello imposible encontrar en este caso los tres criterios antes citados.

Yerran por lo tanto quienes piensan que hablar de la existencia de las naciones es como hablar del sexo de los ángeles, un terreno en el que no podemos avanzar con pie firme. Pero cometen —decía— un segundo error y es pensar que de ese primer problema que ellos ven (insisto: erróneamente) es imposible derivar una determinación de la comunidad nacional en el plano político. Dicho de otro

modo, que es el debate racional o científico el que ha de decirnos (si puede) si tal o cual nación existe. Lo cual es absurdo, si se piensa detenidamente, pues, si se ha entendido el modo de existencia de las naciones, entonces se llegará sin dificultad a la conclusión de que estamos hablando de realidades sociales contingentes, cuya existencia depende del apoyo que los miembros de dichas comunidades acepten darles y, por lo tanto, de que del mismo modo que una nación existente hoy puede dejar de existir (como nación) algunos años más tarde (Yugoslavia, por ejemplo), el perfil hoy no nacional (o disputado) de una comunidad humana no impide que dicha comunidad sea una nación algunos años más tarde. En cualquier caso, defender que la supuesta indecidibilidad del carácter nacional de una comunidad humana en el debate científico es un obstáculo a la determinación real (política) de dicha comunidad humana como nación en el debate político no tiene mucho sentido cuando se sabe que la existencia de las naciones se decide políticamente, no en los seminarios de investigación. De hecho, la intervención de los científicos sociales al respecto solo tiene sentido (científicamente hablando) *a posteriori*, para constatar o no la existencia en modo "nacional" de una comunidad humana, explicar su funcionamiento, perfil, etc.

## 1.4. ¿En qué nos convierte el nacionalismo?

Como se comentó ya, la idea más extendida que se maneja sobre el nacionalismo es la que nos presenta a seres humanos movidos por el odio, la violencia y el egoísmo. El nacionalista es visto como alguien cerril, violento e intolerante. Su manera de ver el mundo es supremacista. Esto encaja a la perfección con la representación del nacionalismo como una enfermedad de la razón ya mencionada. Si se piensa que el nacionalismo es eso, es normal que también se piense que convierte a quienes acaben contrayendo esa patología en seres tan odiosos como peligrosos. Y se ha de admitir que no faltan desde luego ejemplos, ni en el pasado ni en el presente, para mostrar que un nacionalismo en muy altas dosis es, como se piensa, un serio peligro para la democracia, la paz, la libertad y los derechos humanos. El problema aquí, como ya se comentó, es tomar un tipo de nacionalismo, el más exaltado y radical, como modelo para definir dicho fenómeno en general. Esto es algo que nunca se debe hacer. Imaginemos un solo instante si eso lo hiciéramos con todo, tomando como metro para explicar cualquier idea o proyecto político sus expresiones más extremas, radicales y violentas. Se entenderá sin dificultad que esto no está justificado.

Como la literatura especializada lo explica, el nacionalismo radical es una expresión más del nacionalismo y de hecho no es aquella que más abunda en las sociedades democráticas que aquí nos interesan al poner el foco en el caso español. Si nos centráramos en aquellas sociedades que en nuestro mundo no han asimilado aun mínimamente los principios y valores democráticos, podría quizás —lo digo con toda la prudencia— ser pertinente recuperar aquí en mi análisis esa idea patológica del nacionalismo. Pero en sociedades en las que la democracia se encuentra más o menos consolidada, en las que esta ha sido capaz de domesticar

en buena medida al nacionalismo, lo que abundan no son los nacionalismos radicales o calientes, sino los liberales y moderados. Conviene por ello centrarse entonces en estos y tratar de ver y entender el impacto que tienen sobre los ciudadanos, sobre su manera de pensar y actuar.

Como lo he comentado ya, si no hay nación sin nacionalismo que la sostenga (como proyecto político de vida en común), tenemos que entender entonces que también las naciones democráticas se sostienen en el tiempo gracias a él. Los ciudadanos (todos nosotros) que nacen y crecen en esas democracias nacionales se socializan en los valores y principios dominantes en dichas comunidades nacionales, asimilándolos acríticamente en sus interacciones cotidianas a través de la escuela, la familia, el deporte, la cultura, los medios de comunicación, y así un largo etcétera. Todo aquello que constituye los fundamentos de la creencia nacional ha sido asimilado por los ciudadanos en los primeros años de su vida y pasa a formar parte de la representación que se hacen de las cosas una vez adultos. Como lo explica Billig, vivimos en sociedades saturadas de nacionalismo, en las que este se encuentra por todas partes, lo cual hace de nosotros personas que viven expuestas a esa influencia y a esos estímulos nacionalistas omnipresentes[48]. Esta percepción de las democracias nacionales es la que me llevó a desarrollar en un libro reciente una tesis que puede parecer tan razonable para el científico social como excesiva e incómoda para el ciudadano: todos somos nacionalistas en mayor o menor medida[49].

Si esta tesis está en lo cierto, nos interesa saber qué implica esto, qué es lo que el nacionalismo hace de nosotros, qué somos en el fondo cuando somos nacionalistas. De entrada, como ya lo he dicho, no nos hemos de tomar dicha conclusión como una descalificación. Insisto en que el nacionalista que aquí me interesa —el nacionalista medio— no es esa persona enferma de odio hacia los extranjeros, violenta, etc., sino el nacionalista moderado, usted mismo que está leyendo este libro, o yo, que lo estoy escribiendo. ¿En qué nos convierte el nacionalismo? Tratemos de responder a esta pregunta.

La nación es, como lo he dicho hace un instante, el marco compartido de significado, principios y valores. Cada nación tiene el suyo, es claro. Aparte de garantizar la convivencia, el orden o la solidaridad, esos valores y principios, ese sentido común compartido por los ciudadanos en cada nación, protegen a los miembros de cada comunidad nacional en lo que hace a sus propios intereses y proyectos como individuos. No se trata, por lo tanto, solo de asegurar el orden social, con sus propias jerarquías e intereses, inculcando a la ciudadanía un sentido y unos valores comunes que imposibiliten la emergencia de proyectos alternativos que puedan perturbarlo. También importa —y es sin duda el factor democrático de legitimación más potente que aporta el nacionalismo— proteger a la ciudadanía por medio de políticas orientadas a su bienestar, a la igualdad y a la solidaridad. Si lo primero (el orden social, la obediencia debida a la ley, etc.) es algo que interesa especialmente a las élites, a la minoría social que más tiene, lo segundo, en cambio, es algo que interesa sobre todo a aquellos (los más) que menos tienen y más necesitan la ayuda del Estado (la nación institucionalizada), por medio de la redistribución de la riqueza, para poder acceder a una educación, sanidad o vivienda de calidad[50]. Se está hablando, por lo tanto, de un marco, el nacional, que actúa generando una protección y ventajas para sus miembros. Esto

se ve quizás aun con más claridad si pensamos en la dificultad que tienen los extranjeros para manejarse con facilidad con las convenciones sociales, códigos o idioma de una comunidad nacional que no es la suya. Los nacionales tienen frente a ellos una ventaja considerable que les ofrece el haber nacido y crecido en una comunidad nacional cuyas convenciones, códigos sociales y culturales, lengua, etc., dominan a la perfección. Y eso hace de los nacionales individuos que están indudablemente mejor preparados para vivir y desarrollar con mayores garantías de éxito sus planes de vida en su comunidad nacional de lo que lo estarán por lo general los extranjeros.

Si pensamos en el mercado de trabajo, creo que es fácil ver hasta qué punto la lengua nacional, por ejemplo, ejerce de barrera de protección de los intereses económicos (laborales) de los nacionales frente a todos los extranjeros que no dominan lo suficientemente bien su lengua. Y ello probablemente con independencia de la profesión de que se trate. Un médico, profesor, arquitecto, abogado, escritor, etc., ha de saberse manejar en español con soltura si desea establecerse y hacer carrera en España. Esto significa que la competición en la mayor parte de los sectores laborales se encuentra en una nación sesgada desde el punto de vista lingüístico en favor de los propios nacionales. Hay quien podría todavía decir que hay muchos extranjeros que sí hablan perfectamente el español, o lo suficientemente bien, y que van a poder competir en igualdad de condiciones con los nacionales españoles, pero esto sería obviar que la lengua no es el único criterio cultural que opera como mecanismo de protección de los intereses de los miembros de una comunidad nacional. El perfecto conocimiento de la cultura nacional y de sus convenciones, o los rasgos étnicos, seguirán operando como filtro en favor de los intereses de los nacionales arraigados en el país.

De hecho, pasa en esto algo similar a lo que encontramos en nuestras comunidades nacionales entre sus diferentes clases. Nuestras sociedades tienen una cultura y unos valores dominantes que son los de las clases altas y favorecen el que estas puedan conservar su estatus social y transmitirlo a sus hijos. El capital cultural del que habla Bourdieu[51], por ejemplo, que las clases adineradas o educadas (medias y altas) son capaces de transmitir sin esfuerzo a sus hijos opera en favor de esas clases medias y altas, que van a poder de este modo mantener su estatus social o incluso mejorarlo de una generación a otra. Mucho más difícil es ya que los hijos de familias humildes, desestructuradas, con padres sin estudios, desconectados del mundo de la cultura, etc., puedan acceder —incluso con esfuerzo— a los usos, convenciones y destrezas que la sociedad valora y que serán necesarios más tarde para poder acceder a una buena situación profesional y social. La comunidad nacional opera del mismo modo respecto de los no nacionales que la sociedad de clases respecto de las familias con menores recursos, tanto económicos como culturales. Es decir, genera unos privilegios e intereses que van a ser lógicamente protegidos por aquellos que son sus beneficiarios.

El nacionalismo tiene que ver esto, por una parte. Genera actitudes y comportamientos de defensa de esos intereses creados. Ello explica que las reacciones nacionalistas sean más visibles y de mayor intensidad cuanto mayor sea la amenaza (real o percibida) que pesa sobre esos intereses. Suele observarse esto con frecuencia en los medios de comunicación en relación con el tema de la

inmigración. La llegada a España de extranjeros que salen de sus países, por razones económicas, guerras, etc., suele generar esa reacción de preocupación y rechazo por parte de aquellos nacionales que, al encontrarse en una situación precaria (como trabajador no cualificado, en paro, etc.), van a poder imaginarse o verse con mayor facilidad en situación de competición con esos inmigrantes. Y aquí puede observarse algo bastante significativo de lo que decía antes al hablar del nacionalismo en términos de protección de intereses personales o materiales. No es extraño que la inmigración genere menor preocupación y sea vista incluso con buenos ojos entre aquellos nacionales cuya situación social y profesional (con empleos cualificados) no va a verse amenazada por la llegada más o menos masiva de esos inmigrantes. Para quien es abogado, médico o notario, lo cierto es que la llegada de inmigrantes africanos no supone en absoluto una amenaza para su posición social y laboral.

Pero se podría hacer un esfuerzo e imaginar una situación en la que la comunidad nacional no operase con filtros culturales o lingüísticos, de tal suerte que la llegada masiva de extranjeros abogados, médicos o notarios formados en las mejores universidades extranjeras sí pudiera suponer una amenaza para los médicos, abogados o notarios españoles. Imaginemos también que el inglés —pero un inglés de nivel nativo— se convirtiera en un requisito necesario para acceder a los mejores puestos y obtener los mejores salarios. ¿Alguien podría pensar que entonces las clases medias y altas españolas, que son las que ocupan los puestos de trabajo de mayor responsabilidad y mejor remunerados, no reaccionarían ante la inmigración como lo pueden hacer las familias más humildes y quienes dicen hablar en su nombre en nuestras comunidades nacionales? ¿Puede pensarse que una situación imaginaria como la propuesta, en la que una lengua como el inglés desplazara como lengua de cultura a las otras lenguas nacionales, sería acogida con el entusiasmo que, por ejemplo, los intelectuales y escritores (periodistas, cantantes, novelistas, etc.) suelen mostrar hacia el cosmopolitismo, el pluralismo cultural, la hospitalidad, etc.? Se me hace difícil creer que seguirían manteniendo un perfil tan entusiasta, tolerante y abierto hacia la diferencia si de repente se quedaran sin el privilegio lingüístico del que gozaban hasta entonces en su sector de actividad, produciendo fundamentalmente para un mercado nacional. Muchos de ellos se volverían probablemente acérrimos defensores de la lengua nacional y usarían también muy posiblemente todos los recursos retóricos que puede observarse en los dispositivos de comunicación de los nacionalismos minoritarios, como el catalán o el vasco, apelando a la necesidad de proteger la "lengua propia", alertando contra su desaparición, etc.[52]. Por puro interés personal en buena medida.

El nacionalismo es, pues, algo que nos mueve a defender los intereses de los que somos beneficiarios en nuestras comunidades nacionales. Promueve y defiende tanto intereses colectivos como individuales. Y, en ese sentido, puede pensarse que nada hay de particularmente cerril, irracional o egoísta en él. A no ser que se piense que los seres humanos somos ángeles, individuos desinteresados y de una generosidad sin límites, nada hay de más normal y racional que defender nuestros propios intereses, preferencias y valores, aun a costa (necesariamente, pues no vivimos aislados los unos de otros) de los intereses, preferencias y valores de aquellos que (aún) no forman parte de nuestra

comunidad nacional. Esta es —podría decirse— la dimensión racional del nacionalismo. Pero de un racionalismo situado, no abstracto o presuntamente universal. Atiende a un análisis de costes y beneficios que inclina a políticas proteccionistas. Unas políticas que, en general, y dentro obviamente de ciertos límites (el respeto de los derechos humanos sería un ejemplo ineludible), son de lo más razonables en un mundo que no deja de estar organizado políticamente en comunidades nacionales con Estado propio. Es decir, con todo un arsenal (jurídico, mediático, cultural, etc.) al servicio de los intereses de dicha comunidad y de sus ciudadanos.

A esta primera dimensión tenemos todavía que añadir otra importante. Es la que concierne nuestra relación simbólica o afectiva con la comunidad nacional. El afecto que desarrollamos por nuestra nación, nuestra cultura o lengua es algo que con frecuencia ha podido ser asimilado a la relación que mantenemos con nuestra familia. Tenemos, en efecto, respecto de nuestra comunidad nacional, sus obras, productos artísticos, oferta cultural o deportiva, etc., una relación de proximidad, un contacto permanente que genera un afecto y unas preferencias que no vamos a tener para con otras comunidades nacionales ni para con sus productos, expresiones características, gastronomía, etc. Es obvio que somos capaces, por fortuna, de apreciar productos, expresiones artísticas o de otro tipo producidas en el extranjero (teatro, música, literatura, cine, etc.). Pero mantenemos una relación especial con creaciones, productos, comida, canciones que conectan directamente con nuestra experiencia vivida, especialmente durante nuestros diez o 20 primeros años. Muchas veces somos de hecho incapaces de encontrarle el encanto o interés a creaciones extranjeras. Bastaría con pensar en el ejemplo de dos series televisivas de gran éxito en España, *Verano azul* y *Cuéntame lo que pasó*. Uno podría pensar que dos productos televisivos españoles de tanto éxito habrían podido encontrar fuera de las fronteras españolas una amplia audiencia. Y sin embargo no ha sido así. O al menos no si los comparamos con otros productos televisivos españoles de éxito internacional, como *La casa de papel*. No es difícil ver la diferencia entre aquellos y este, y entender por qué los primeros pueden encontrar más dificultades para interesar a una audiencia internacional. *Verano azul* y *Cuéntame lo que pasó* son dos series quizás "demasiado españolas", creadas y dirigidas para a un público nacional, dos productos que les hablan a los españoles de sí mismos, y en las que estos pueden reconocerse de muchas maneras. No así un público extranjero. Con *La casa de papel* no pasa esto. Si la apreciamos, es por otras razones, pero no porque conecte con los españoles de una manera especial.

Hay algo ahí, pues, en relación con los afectos, con los recuerdos y vivencias personales, con la infancia, con nuestra identidad, en el fondo. Al vivir en el extranjero, muchas veces me he dicho que esto ocurre especialmente con la comida. La relación que mantenemos con la gastronomía nacional, sus platos y productos típicos, aquellos naturalmente que, en su gran variedad regional, conocemos desde la infancia y asimilamos como los nuestros (como gallego, para mí lo es el caldo y la empanada, por ejemplo, pero no el salmorejo o el rabo de toro), apela a sensaciones y recuerdos íntimos. Y de ahí que sean esos platos o productos los que añoremos. No es, por lo tanto, que para un nacionalista español la paella, la tortilla de patata o el jamón serrano sean platos o productos

superiores a los que se consumen en otros países. No al menos en el sentido de pensar que los españoles somos capaces de producir los mejores platos y productos alimentarios del mundo. Esto no parece tener mucho sentido si lo pensamos bien. Lo que sí lo tiene es pensar que, para los españoles, acostumbrados desde la infancia a disfrutar de nuestra gastronomía típica, nuestras preferencias alimentarias se encuentran muy condicionadas por nuestra cultura y experiencia. Y eso no significa que no nos gusten otros platos o productos, la comida japonesa, italiana o mexicana, por ejemplo, o que incluso no seamos capaces de encontrarlos puntualmente más sabrosos o apetecibles. Significa solo que tenemos con nuestra cocina una relación de familiaridad que no tenemos con todos esos platos extranjeros que podemos conocer y apreciar, pero que no son "los nuestros". Y es esa cocina que conecta con nuestra intimidad familiar y con nuestra infancia la que vamos a añorar si nos encontramos en el extranjero, y no los *sushis*, las enchiladas o las *pizzas*. Son esos productos y platos los que, por lo general, los españoles vamos a pensar en compartir si nos juntamos con los amigos o la familia para celebrar algo o ver un partido de fútbol. No es seguramente casual que en nuestros aperitivos no falte por lo general nunca un jamón serrano, un determinado tipo de queso, aceitunas o chorizo, en vez de tantos otros productos en los que no pensamos (pudiéndolos adquirir fácilmente hoy) y en los que sí pensará un grupo de personas extranjeras con diferentes hábitos y preferencias en la misma situación.

Con nuestra nación, en general, pasa lo mismo. Mantenemos con ella una relación afectiva que es la que nos lleva a sentir satisfacción e incluso orgullo en los momentos de éxito nacional (cultural, deportivo, económico, etc.), a sentir esos logros como algo nuestro y a ver por el contrario con sonrojo o pesar los momentos más embarazosos (determinadas decisiones políticas) o tristes (guerras, atentados, etc.). Vale de nuevo aquí lo dicho antes: podemos conocer, apreciar y admirar naciones diferentes de la nuestra, pero la victoria pasada de Argentina en el mundial de fútbol, por ejemplo, no nos hará sentirnos a los españoles felices u orgullosos, salir a celebrarlo a la calle ni montar una campaña mediática para celebrar esa victoria durante semanas, del mismo modo que las políticas de los Gobiernos de Bolsonaro, en Brasil, o de Trump, en los Estados Unidos, nos no han hecho pasar vergüenza.

¿Qué podemos sacar en claro de todo lo antedicho a efectos de saber el impacto que puede tener el nacionalismo en nuestra manera de pensar y actuar? ¿Qué somos, pues, cuando somos nacionalistas? Creo que lo esencial es entender que nuestro interés, como personas, ya sea el interés material (trabajo, bienestar, etc.), ya sea el interés afectivo (preferencias, valores, etc.) está por lo general —y me refiero aquí especialmente a esa mayoría de miembros de una comunidad nacional que van a desarrollar su vida dentro de sus fronteras— estrechamente relacionado con nuestra comunidad nacional. Lo cual significa concretamente dos cosas al menos.

La primera es que tendemos a favorecer aquellas ideas y proyectos políticos, económicos o culturales que protegen al mismo tiempo la existencia de la propia comunidad nacional y nuestros intereses personales. Muchas veces lo hacemos de manera inconsciente, como en el ejemplo citado anteriormente en el que se pedía la "nacionalización del ladrillo". El grado de inconsciencia en nuestra relación

con lo nacional es algo, de hecho, especialmente importante que permite entender muchas cosas. Lo explica muy bien Michael Billig en su libro ya citado sobre el nacionalismo banal[53]. Pasa, por ejemplo, como lo he dicho, con la lengua nacional, que solemos ver como algo natural, es decir despolitizado y neutro, como si no hubiera detrás de ella toda una maquinaria estatal (leyes, Administración, mercado, etc.) consolidada en el tiempo y destinada a nacionalizar a los ciudadanos, esto es, destinada a aportar su granito de arena al complejo proceso de nacionalización y perpetuación de la creencia en la comunidad nacional, con sus jerarquías y preferencias sociales. De ahí que seamos incapaces de ver y entender cómo el marco lingüístico nacional (el nacionalismo lingüístico) opera en favor de los intereses de los ciudadanos, hasta el punto, a veces (esta actitud puede observarse entre las clases medias y altas educadas), de adoptar una actitud bastante incauta (por contraria a sus propios intereses) respecto de un fenómeno como el de la globalización que —no descubro aquí nada que el lector no sepa— tiene entre sus objetivos llevar la competición (económica, laboral, etc.) a un marco territorial que supere el estatal. Con las dificultades de acceso a los bienes y recursos que esto genera para aquellos que peor preparados están para esa competición internacional, también desde el punto de vista lingüístico (es decir, para quien no tenga un excelente nivel inglés). Lo comenté antes, ¿qué sería del escritor español que se gana bien, o incluso muy bien, la vida escribiendo y vendiendo libros en castellano, en buena medida para el mercado editorial español, si tuviera que abandonar el castellano por el inglés, o cualquier otra lengua que nunca dominará igual de bien que la que habla desde que sabe hablar? Nuevamente pido al lector que no piense en las excepciones, que siempre las hay, y se centre en el grueso de aquellos que se dedican al noble oficio de escribir en España.

La segunda lección que podemos sacar es que el vínculo afectivo que tenemos con nuestra comunidad nacional nos inclina a querer conservarla tal y como la conocemos, a ver con buenos ojos todo aquello que le sea beneficioso y la perpetúe en el tiempo, y a rechazar por el contrario todo lo que pueda perjudicarla o poner en peligro su existencia o buen nombre. Pensemos en los halagos y premios que se reciben desde el extranjero, acogidos, por lo general, con felicidad y orgullo. Por el contrario, las críticas o reproches que puedan llegar, por justificados que estén, tienen muy a menudo una acogida desfavorable (piénsese en la famosa leyenda negra). Nada extraño, en el fondo, cuando hay un vínculo afectivo de por medio. Y es que los humanos tenemos una percepción de las cosas que se encuentra muy condicionada por nuestra posición o contexto. Somos perfectamente capaces de ver si algo es justo o no cuando no estamos implicados en una relación (de ahí la importancia de que los árbitros y jueces no sean parte interesada), mientras que nos es mucho más difícil ver y aceptar como justo algo que nos es desfavorable en una situación en la que tenemos intereses afectivos o materiales en juego. Lo comenté ya: piénsese en nuestra capacidad para mantener cierto grado de objetividad e imparcialidad cuando hablamos de alguno de nuestros seres queridos, sobre todo si se ven metidos en algún problema o disputa. La objetividad de la que somos capaces ante problemas que no nos conciernen tiende a esfumarse cuando el problema nos afecta directamente. En estos casos solemos perder la objetividad que guía nuestro pensamiento y acción cuando

reflexionamos en abstracto, sin ningún interés en juego. Lo cual nos lleva a una forma de injusticia o de parcialidad interesada.

Pues bien, esto es también lo que ocurre con nuestra comunidad nacional cuando tiene algún problema con otras naciones o tiene que dar solución a otros que pueden afectar a aspectos importantes para su equilibrio interno y convivencia. En estos casos solemos tomar partido por nuestra comunidad nacional, aun a riesgo de ser injustos. Y es así como, por ejemplo, no nos cuesta especialmente adoptar, por lo general, el discurso anticolonial o defender la libertad de los pueblos a disponer de sí mismos en el Sáhara, Palestina u otros lugares fuera de nuestras fronteras, mientras que, cuando planteamos esos mismos problemas en la esfera doméstica (Ceuta y Melilla, Gibraltar, Cataluña o el País Vasco) solemos verlos de una manera bastante diferente. Y no nos costará, además, encontrar argumentos, más o menos pertinentes, con los que mostrar que no hay ahí ninguna incoherencia y que, además, la razón está de nuestra parte. En todo ese proceso, de la reacción interesada ante algo a su explicación o justificación posterior, retorciendo la lógica cuanto haga falta, estamos de lleno en las coordenadas del nacionalismo.

No debemos confundir, por lo tanto, la parcialidad interesada, más o menos consciente, a la que inclina el nacionalismo respecto de otras naciones o de sus miembros con las actitudes patológicas con las que se suele asociar en nuestro imaginario colectivo. De hecho, si se piensa bien, estamos ante una manera de pensar y actuar —la del nacionalista— que, lejos del estereotipo de la irracionalidad, el odio o la intolerancia, es bastante razonable y hasta racional. No estoy diciendo con esto que la manera de discurrir y actuar del nacionalista sea intachable desde el punto de vista moral, de lo justo ni, por lo tanto —insisto—, que no nos lleve a ciertos comportamientos arbitrarios e injustos. Como lo veremos más adelante, es más bien lo contrario, de hecho. Lo que digo es que en el momento en que surge algo que pone en juego nuestros intereses como miembros de una nación tendemos a plantearnos ese problema más en términos éticos (¿qué está bien [para nosotros]?) que en términos morales (¿qué es lo justo [en general]?). Lo más justo probablemente cuando llegó la pandemia de la COVID-19 habría sido repartir el material sanitario de otra manera para que las mascarillas, luego las vacunas, llegaran con rapidez a los países menos desarrollados, con infraestructuras sanitarias menos sólidas y eficaces, para así evitar un mayor número de muertes y limitar al máximo el riesgo de expansión y mutación del virus. Pero no fue así y fuimos atendidos (sin muchos remordimientos, se ha de ser sinceros) por nuestros gobiernos de manera prioritaria. Lo más justo también sería que compartiéramos nuestra riqueza con aquellos que más la necesitan en los países más pobres, pero tampoco en esto parece que ni nuestros gobiernos ni nosotros mismos estemos especialmente motivados para cambiar nuestra manera de vivir, pensar y actuar. Y es que tenemos que entender que se trata de algo que está tan arraigado en nosotros que incluso a quienes somos más conscientes del fenómeno del nacionalismo nos cuesta entender cómo no podemos resistirnos a su potente fuerza de atracción. Lo comenta Michael Billig cuando hace referencia a que a él también —uno de los mejores expertos internacionales en el tema— le resulta imposible resistirse a celebrar las victorias de su equipo nacional y a preferir entre todos los deportistas

a aquellos que son sus compatriotas[54]. Y yo he de reconocer que esa es también mi experiencia. Me pasa con Fernando Alonso o con Rafael Nadal, entre tantos otros casos. Incluso reconociéndole a Roger Federer una mayor calidad técnica y una elegancia en el juego incomparable, algo que debería inclinar a quien le guste el buen tenis a ser un fanático incondicional del suizo, en sus históricas finales de Grand Slam, ni una sola vez he querido que perdiera Nadal contra él. Y lo mismo en las batallas entre Alonso con el grandísimo Schumacher, primero, y luego con Hamilton o Vettel, o en las finales jugadas por la selección española de fútbol en la Eurocopa o el Mundial. Note el lector además que quien esto escribe no es —o al menos no se tiene por— una persona especialmente patriota. Pero aun situándome muy probablemente por debajo del nivel medio de nacionalismo, y a pesar de la conciencia y del conocimiento que he podido desarrollar tras largos años de reflexión y estudio sobre dicho fenómeno (lo cual permite sin duda estar más alerta), he de reconocer que sus efectos siguen estando ahí.

Si en el debate moral o en el jurídico lo que se exige es hacer abstracción de nuestras preferencias en aras de encontrar la respuesta o solución justa para cada pregunta o problema, parece claro que estamos más bien mal preparados para asumir esa posición ejemplar cuando se trata de elegir entre nuestros intereses o preferencias nacionales y los de otras naciones. Como lo dice muy bien Yael Tamir, somos individuos contextuales[55], personas que piensan y actúan, desarrollando unos valores y unas determinadas preferencias, en función del contexto en el que se han formado. Por eso el contexto (nacional aquí) tiene tanta importancia para ellas. Ese es el tipo de persona que somos cuando están en juego aspectos más o menos importantes de nuestra comunidad nacional, en la que se desarrollan nuestros planes de vida y están en juego nuestros intereses personales más inmediatos.

## 2.1. El derecho y su capacidad para invisibilizar las políticas nacionalistas

El derecho tiene un papel central en el proceso de legitimación del poder. Secundario, o complementario, si se prefiere, pero fundamental en nuestras democracias. Digo "secundario" respecto del papel que tiene la idea de nación (o pueblo) al respecto. En efecto, es esta la que fundamenta o legitima originariamente el poder en las sociedades democráticas[56]. El derecho interviene siempre *a posteriori*, ofreciendo una legitimación formal (la que implican sus procedimientos reglados) a un poder al que la idea de nación o pueblo no parece poner inicialmente límites. Es una diferencia que podemos encontrar también en el binomio soberanía-derecho. La primera, asociada a la nación o al pueblo (o al Estado), tiene esa característica particular —y sin duda temible— de implicar un poder sin límites (el poder constituyente es quizás su mejor expresión). El segundo está asociado, en cambio, a todo aquello que en nuestra tradición liberal viene a poner trabas y contrapesos al poder, a domesticarlo por medio de procedimientos, organización, estructura, a evitar sus excesos en la medida de lo posible. Tal es el papel fundamental que tiene el derecho en las sociedades democráticas. Y, en ese sentido, puede entenderse sin dificultad la importancia que tiene a la hora de legitimar la actividad de un orden político en su conjunto[57].

Esto es especialmente importante para lo que deseo explicar aquí, pues supone una inversión lógica de una potencia extraordinaria, aquella que hace que lo legal (el derecho) sea considerado o visto por lo general como legítimo (justo o asumible como tal). En efecto, el derecho, por sí mismo, no tiene por qué ser algo justo o legítimo. Es algo que en su día explicó Kelsen en su conocido comentario sobre la expresión "Estado de derecho", al decir que, en sentido estrictamente jurídico, todos lo son (incluso las dictaduras)[58]. Abundan, en cualquier caso, los ejemplos de Estados autoritarios en los que los gobernantes se mantienen en el poder por la fuerza, en sistemas jurídicos que no aceptaríamos ver como justos o legítimos. Aquí la conexión con la idea de pueblo o nación deviene central, en el

sentido de fuente originaria de legitimación del poder antes referida: el poder que acepta gobernar por y para la nación (y no contra ella), someterse a ciertos límites, permanecer al frente del sistema durante tanto tiempo como la nación lo quiera, etc., es un poder sometido al derecho. De ahí, en efecto, que el derecho, en las sociedades liberales y democráticas en las que los gobernantes aceptan esa idea básica, goce de un prejuicio favorable y de una legitimidad *a priori*.

Si insisto en esta idea es porque es realmente importante para que se entienda bien lo que sigue. Ver el derecho como fuente de legitimidad es algo que le otorga un papel de especial relevancia a la hora de normalizar todo aquello que el derecho toca. Es decir, de despolitizarlo, hacer que no se perciba como poder, como decisiones políticas y, por lo tanto, subjetivas e interesadas. El poder revestido del manto del derecho es un poder legítimo, porque moderado, fiscalizado, sometido a procedimientos, etc. Y por ello podemos tender a verlo como un no poder. Lo cual nos lleva también a ver en idéntico sentido las diferentes expresiones del derecho que nos van a interesar (las leyes, las sentencias, la doctrina, etc.) y por medio de las cuales el sistema jurídico se expresa.

En realidad, esto no pasa con todas las expresiones jurídicas en todos los ámbitos y situaciones. Como se sabe, ciertas leyes o sentencias generan oposición e incluso escándalo en nuestras sociedades al poderse ver en ellas de manera clara la expresión de un poder en defensa de intereses particulares. Pero me interesa centrarme aquí en todo aquello que, relacionado con la nación, genera un consenso amplio, de tal suerte que cuando el derecho interviene convergiendo con alguno de los valores, convicciones o representaciones nacionales fundamentales, lo que hace es reforzar la legitimidad de aquello en lo que la comunidad nacional (sus miembros) ya cree. Y todo ello sin que los ciudadanos perciban esa intervención de los poderes públicos como una intervención, en el sentido negativo indicado antes. Es decir, sin que perciban que aquello que se expresa mediante el derecho es en el fondo una decisión política. Lo cual permitirá también, como se verá, circunscribir los eventuales debates que puedan surgir sobre cuestiones controvertidas a la esfera estrictamente jurídica o técnica. Con la indiscutible virtud que esto tiene de llevar el debate al terreno de lo legal o técnicamente posible (útil fundamentalmente porque los representantes de la comunidad nacional tienen un monopolio de la interpretación jurídica), evitando así discurrir por los senderos más sinuosos y problemáticos de la legitimidad o de lo justo, siempre más abiertos a la discusión y la contestación.

Lo que trato de decir es que eso que consigue hacer el derecho con relativa facilidad en general (es decir, ser visto como un límite al poder sin ser él mismo visto como expresión de un poder), todavía le cuesta menos lograrlo cuando se expresa sobre aspectos clave para la comunidad nacional. Es aquí, como decía, cuando converge, por un lado, la legitimidad de la que goza el derecho *a priori*, como expresión racional, neutra o imparcial de algo que no se percibe como un poder, con, por el otro, la legitimidad generada por el conjunto de creencias en que se funda y sostiene la comunidad nacional. Ya no es solo que seamos incapaces de ver dichas creencias y prácticas como una forma elemental de nacionalismo (de esto va la banalidad de la que nos habla Billig). A esta ceguera que caracteriza nuestra relación con lo nacional, extrapolable también a su

derecho y que hace que sus expresiones nos parezcan naturales, desprovistas de parcialidad, interés o intencionalidad política, viene a añadirse la imagen de imparcialidad e impersonalidad que atribuimos por lo general al derecho, como ya se comentó en la introducción. Lo cual redunda en la legitimidad de aquello que se ha decidido, pero cortando el vínculo que pudiese tener inicialmente con la idea de nación y, por ende, con cualquier forma de política nacionalista. De este modo, lo decidido en forma jurídica no puede obedecer a una lógica nacionalista, sino que sería algo puramente racional, neutro, de sentido común, etc.

Un ejemplo claro de esto lo encontramos en el ámbito de las políticas lingüísticas. La percepción que los españoles tenemos, en general, de la política lingüística catalana es que se trata de una auténtica política, tanto en el sentido transformador del término (el poder como palanca de cambio y transformación de la realidad) como en el sentido negativo que puede tener la palabra cuando se piensa en el abuso de poder. Los gobernantes en Cataluña vendrían imponiendo la lengua catalana a los ciudadanos desde el inicio de la democracia en ejercicio ilegítimo del poder de que disponen. Su uso del derecho sería político, esto es, un abuso. En cambio, la política lingüística del Estado español no es percibida del mismo modo por los ciudadanos. Los gobernantes españoles no harían política con la lengua ni impondrían a sus ciudadanos una lengua en detrimento de otras. No habría tampoco, es claro, un uso ilegítimo del poder. El derecho, en este caso, no se utilizaría de manera interesada en favor de un proyecto de nacionalización ni sería lo más mínimo la expresión de un poder, sino que tendríamos una respuesta neutra, desinteresada y no política del derecho en el ámbito lingüístico. El mismo fenómeno lo veríamos, por lo tanto, de manera diferente. ¿No resulta esto un poco extraño? Pues bien, esta forma de invisibilización del nacionalismo propio que el derecho ayuda a reforzar es lo que me va a interesar ahora.

## 2.2. El nacionalismo jurídico, sus formas y expresiones

El nacionalismo jurídico puede ser definido como la defensa de los intereses de la comunidad nacional y de sus miembros por medio del derecho. O, si se prefiere, el uso que hace el nacionalismo del derecho para proteger a su comunidad nacional. De dos maneras fundamentalmente. Primero, creando un marco jurídico en el que los miembros de la comunidad nacional (por medio de sus representantes) van a disponer de un monopolio exclusivo sobre la creación de su propio derecho, el cual se va a poder poner al servicio de sus propios intereses. Segundo, generando una cultura jurídica entre sus operadores que los inclinará a utilizar dicho marco de conformidad con los intereses de la nación tal y como la propia cultura nacional los ha identificado y definido previamente.

El marco nacional en el que se desenvuelven nuestras vidas hace, en efecto, algo tan fundamental como lo es diferenciar a los nacionales de los extranjeros, dando a los primeros un trato privilegiado frente a los segundos. Esta protección de los nacionales que procura el nacionalismo tiene diferentes grados, o funciona de manera escalonada, si se prefiere. El que podríamos llamar grado cero

concierne a la simple residencia o estancia de un individuo en el territorio nacional. Aquí, la diferencia entre ser nacional o no serlo es crucial para una persona. Quien es nacional de un Estado no tiene que dar explicaciones a nadie ni nadie puede echarlo del territorio nacional. Al menos, en los sistemas democráticos que me interesan en este libro. Por el mero hecho de nacer de padres españoles una persona tiene garantizada su estancia en el territorio nacional y el acceso a todos aquellos servicios que el Estado pone a disposición de sus ciudadanos. Para el extranjero, la situación no es la misma. Si desea establecerse en España, y no es nacional de ninguno de los Estados miembros de la UE, tendrá que obtener un permiso de estancia o visado. La mera presencia en el suelo nacional es gestionada, pues, segregando entre miembros de la comunidad nacional y extranjeros.

De ese primer grado hacia arriba, la misma lógica va a seguir funcionando, suavizándose ciertamente una vez que un extranjero es admitido como parte de la población que reside en el territorio nacional, pero sin desaparecer, a pesar de todo. El extranjero que tenga un permiso de residencia de larga duración, o el comunitario que pueda permanecer en territorio nacional sin necesidad de ningún tipo de autorización estatal, va a ver, por ejemplo, como su derecho de participación política se encuentra limitado. A diferencia de los nacionales, cuyo derecho de participación política, activa y pasiva es absoluto (solo limitado por las formalidades administrativas de rigor establecidas por la ley electoral), los extranjeros no comunitarios van a tener que adquirir la nacionalidad española (es decir, devenir nacionales) para poder hacerlo plenamente, del mismo modo que los extranjeros comunitarios que quieran participar en las elecciones generales. Un derecho tan fundamental en nuestras sociedades democráticas como el de participación política se encuentra por lo tanto condicionado por la pertenencia o no a la comunidad nacional.

No quiero decir con esto, es claro, que la nacionalidad (atribuida por cada Estado) tenga un impacto constante en la vida de las personas. Hay muchos momentos o situaciones en las que el marco nacional no distingue entre nacionales y extranjeros. No todo se encuentra, por lo tanto, obviamente y por fortuna, condicionado por la nacionalidad de las personas. Un extranjero no va a encontrar necesariamente diferencias en su día a día respecto de un nacional si tiene que ir de compras al supermercado, si quiere adquirir un coche, si ha de ser atendido en un hospital en caso de tener un accidente de carretera o cuando va a matricular a sus hijos en un colegio. Ahora bien, no deja de ser cierto que, en aspectos fundamentales, nuestras sociedades funcionan así respecto de las personas: diferenciando a los nacionales de los extranjeros y dando un trato privilegiado a los primeros. Esta sería la primera dimensión del nacionalismo jurídico: es un marco que crea derechos y obligaciones diferentes para las personas en función de su pertenencia o no (o de su grado de vinculación) a la comunidad nacional. Estamos, pues, en la esfera del derecho público interno, en situaciones en las que la comunidad nacional entra en relación con una persona (física o jurídica).

La segunda esfera, que nos va a interesar especialmente en este libro en lo que sigue, es la que tiene que ver con la manera como la comunidad nacional se relaciona con otros colectivos nacionales y reacciona frente a las amenazas (reales

o percibidas) que puedan pesar sobre ella. Puede tratarse de algún conflicto con otro Estado o bien de conflictos internos. En ambos casos, la relación que el derecho va a regular es la que tiene la comunidad nacional con otro colectivo nacional, ya sea estatal (extranjero), ya sea subestatal (dentro de sus fronteras). En la regulación de esos problemas, el derecho nacional va a desplegarse con el objetivo de proteger los intereses de la propia nación, esta vez como colectivo. Todas aquellas decisiones políticas que, necesariamente bajo forma jurídica, ya sea ordinaria, ya sea excepcional, se tomen para proteger cualquier interés (seguridad, prosperidad, etc.) de la comunidad nacional entran en esta categoría. Pueden ser —insisto— de derecho internacional (las más evidentes) o pueden serlo de derecho público interno. Entre las primeras, puede pensarse, entre muchas, en la adhesión de España a la OTAN (organización militar) o a la UE (organización interestatal inicialmente económica), decisiones que la comunidad nacional adopta con la idea de reforzar su seguridad, por una parte, y su prosperidad, por la otra. Entre las segundas, podemos pensar en la respuesta que el sistema español ha ofrecido frente al proyecto nacionalista vasco, primero, o frente al independentismo catalán, después. Volveré sobre este segundo punto más adelante.

El nacionalismo jurídico adopta en ambas esferas (relaciones con individuos, por un lado, relaciones con otras comunidades nacionales, por el otro) diferentes expresiones que son complementarias, pero que conviene distinguir. Por un lado, está el ámbito de la ley, la actividad de los diferentes órganos de creación de las normas jurídicas. Por otro, el de la justicia, la actividad de los órganos jurisdiccionales encargados de aplicar la ley. Por último, está el de la Academia jurídica, la actividad de los profesores y expertos en derecho encargados de comentar y explicar la actividad llevada a cabo por los órganos de creación y aplicación del derecho y, en general, el funcionamiento del orden jurídico. En todos estos ámbitos se produce nacionalismo, si bien cada uno de ellos lo hace a su manera, jugando un papel diferente en defensa de la comunidad nacional. Importa por ello explicar brevemente la actividad a la que me refiero en cada caso y la particular forma que adopta en ellas el nacionalismo.

### 2.2.1. La ley

Al hablar de la ley, me estoy refiriendo al tipo genérico, no únicamente a los actos normativos aprobados por un Parlamento. Aunque el poder constituido que asociamos por lo general a la creación de la ley sea el legislativo, no se ha de olvidar que el Gobierno (el poder ejecutivo), en sus diferentes niveles administrativos, también produce derecho. Los decretos leyes (normas de rango de ley creadas por el Gobierno) son quizás en España el ejemplo más evidente. Pero aquí —insisto— me refiero a la ley en sentido más general, es decir, al conjunto de las normas jurídicas, de mayor o menor rango, creadas por el poder legislativo o ejecutivo. Puede y debe incluso ampliarse el foco y no centrarse únicamente en la actividad creativa. Naturalmente importa aquí tener en cuenta todas las normas jurídicas creadas con la finalidad de beneficiar a los nacionales

(individualmente) y a la propia comunidad nacional (como colectivo). Las leyes relativas a la nacionalidad, al derecho de estancia en el territorio nacional o a los derechos y deberes lingüísticos, a los que ya me he referido en las páginas anteriores, serían algunos ejemplos entre muchos. Pero también ha de tenerse en cuenta la manera como el ejecutivo y el legislativo actúan interpretando el derecho con la finalidad de impedir un resultado que previamente se considera contrario a los intereses nacionales o de los nacionales. Un ejemplo claro de esto sería la interpretación que el Gobierno y el Parlamento español realizan en un determinado momento de los artículos 92 y 150.2 de la Constitución con el claro objetivo de impedir la organización de un referéndum consultivo de independencia en Cataluña, cuya celebración se entiende que atenta a la unidad y a la soberanía nacional proclamadas en los dos primeros artículos de la Constitución. La interpretación que se hace no crea propiamente hablando ninguna norma jurídica que antes no existiese, sino que expresa o recuerda (o define, según se entienda) simplemente el significado de la legalidad en vigor en defensa de la propia comunidad nacional. Volveré sobre este caso con detenimiento en los capítulos 3 y 4.

No es por lo tanto la ley, como acto jurídico particular lo que ha de interesarnos aquí, sino toda la actividad del poder ejecutivo y legislativo en el ámbito normativo, tanto la creación de derecho como los límites que se fijan a la introducción de nuevos tipos o normas jurídicas. Ha de notarse que, en ambos casos, estamos siempre ante una actividad interpretativa, lo cual significa que el margen del que disponen los poderes ejecutivo y legislativo para adaptar el derecho a sus propias preferencias existe y puede ser, en función de los casos, más o menos grande. Y ese margen se va a poder utilizar cuando se considere oportuno o necesario en atención a los intereses de la comunidad nacional.

### 2.2.2. La justicia

Aquí tenemos un nivel discursivo y normativo diferente que requiere un comentario un poco más desarrollado. Es un nivel en el que tiende a descartarse la posibilidad de que sus principales actores, los jueces, caigan en alguna forma de parcialidad en el ejercicio de sus funciones. La razón de que esto sea así es bastante fácil de entender. Como ya se comentó en la introducción, la imagen que tenemos, por lo general[59], de la actividad judicial es que los jueces, a diferencia de los gobernantes y parlamentarios, no hacen política. Algunos de los ejemplos antes citados de normas jurídicas en las que se aprecia una diferencia de trato entre las personas debido a su nacionalidad revelan el claro perfil político de la actividad de quienes gobiernan y hacen las leyes. Al menos en el sentido básico que he indicado. Habrá quien, quizás, dude de que eso pueda ser considerado nacionalismo, pero sería de extrañar que alguien dudara de que nos encontramos ante decisiones políticas. Ahora bien, como ya lo comenté, la idea que nos hacemos de la actividad judicial no es esa, sino la contraria: en nuestra representación dominante, los jueces no crean derecho, solo lo aplican.

Importa por ello aquí preguntarse si los jueces pueden aplicar las leyes

mecánicamente, independientemente de sus preferencias, valores, etc. Solo si esto es posible, podremos descartar que en sus decisiones pueda aparecer el tipo de parcialidad que me interesa al hablar de nacionalismo jurídico. Nos encontramos de entrada con un problema que no tiene que ver con las preferencias morales o ideológicas de los jueces, sino con el propio soporte lingüístico por medio del cual se expresa el derecho. Las normas jurídicas no son otra cosa que enunciados lingüísticos por medio de los cuales se autoriza o se prohíbe algo. Es decir, el derecho es fundamentalmente un acto de lenguaje, una actividad en la que se trabaja con todas las palabras que tenga un idioma (tanto las de uso diario como las técnicas) y, por ello, con todas las dificultades que se derivan de la polisemia, ambigüedad, oscuridad, etc., que tienen las palabras y sus diferentes combinaciones en los enunciados lingüísticos de tipo jurídico. Esta simple constatación es la que ha llevado a algunos teóricos del derecho a la conclusión de que los enunciados lingüísticos de que se compone una ley (o una Constitución) no tienen un significado concreto, fijo, conocible, etc., que podría corresponder a lo que solemos asociar con la voluntad del legislador (lo que este quiso decir al escribir la ley como lo hizo)[60]. Pero incluso aunque dicha conclusión fuese errónea, sería imposible saber lo que el legislador (que no es además un autor individual, sino colegiado: el conjunto de los parlamentarios o miembros del Gobierno que participan en la redacción del texto legal) quiso decir exactamente en tal o cual artículo de tal o cual texto jurídico. Lo único que los órganos de aplicación pueden hacer en el mejor de los casos es suponer o inferir, mediante los medios interpretativos oportunos, que el legislador quiso decir tal o cual cosa. Pero parece claro que ahí ya estamos en una actividad interpretativa del texto jurídico, alejándonos, pues, de la imagen de la actividad judicial como mera aplicación de la voluntad del legislador.

Ya solo en ese nivel básico no es posible entender la actividad de los jueces como mera aplicación de la ley. Pero a este primer problema (doble: la indeterminación de los enunciados lingüísticos jurídicos y la dificultad de saber lo que quiso decir el legislador) se va a añadir otro, que tiene que ver ya con las propias preferencias morales e ideológicas de los jueces. Es este el que me interesa especialmente. Como las normas aplicables a los casos tienen una textura abierta, un significado que tiene que ser precisado por el juez, este se encuentra con una puerta abierta de par en par para darle al texto o enunciado jurídico aplicable el significado que prefiera (dentro de ciertos límites, obviamente). Y como estamos hablando de humanos, no será de extrañar que los jueces tiendan a dar a los textos jurídicos aplicables el sentido que más o mejor se alinee con sus propias convicciones, preferencias e intereses. De ahí que el activismo judicial sea una práctica bastante banal en nuestras sociedades.

Esto significa, entonces, que la representación que domina (al menos en el plano teórico) sobre la actividad judicial no se ajusta a la realidad. En el fondo, esa representación es simplemente la que mejor asegura el respeto de las decisiones judiciales en nuestros sistemas. Ese es el papel (político o ideológico) que juega esa representación del juez como aplicador mecánico de la ley. Ahora bien, si el juez interpreta siempre y necesariamente el derecho aplicado a los casos que se presentan ante él, entonces la posibilidad de que pueda incurrir en algún tipo de parcialidad o arbitrariedad no puede ser descartada. Los sesgos de

género, por ejemplo, que en los últimos tiempos se le están reprochando a una judicatura con una todavía bastante marcada cultura sexista, ilustran especialmente bien el problema. Por no hablar de la cada vez más descarada politización de los más altos órganos jurisdiccionales.

En nuestro caso, al interesarnos por el nacionalismo jurídico, se va a poder observar una amplia gama de grados en función de que la interpretación judicial se aleje más o menos del significado que podíamos pensar que tenía la ley. Cuanto menor sea el grado o margen de interpretación que (nos) parezca tomar el juez, más difícil será reprocharle una actitud consciente o inconscientemente interesada. Y es evidente también que, en muchos casos, e independientemente de que —insisto— el juez siempre interprete una norma aplicable, no se podrá hablar de nacionalismo jurídico. Lo comenté ya con anterioridad: si el juez ha de fallar un divorcio entre dos españoles domiciliados en España, podrá la parte perjudicada por la sentencia o cualquier observador reprocharle al juez una aplicación sesgada de la ley (por la razón que sea, de género, clase u otra), pero no tendrá el menor sentido hablar de nacionalismo jurídico.

En realidad, puede pensarse que el nacionalismo jurídico en el ámbito de la justicia es un fenómeno relativamente marginal hoy. Por dos razones principalmente. La primera es que los jueces intervienen aplicando leyes con las que, en principio, el legislador ya ha dejado cubiertos los intereses de los nacionales en aquellos casos en los que se entiende que han de serlo frente a los extranjeros. Una intervención judicial sesgada en favor de un nacional puede verse como innecesaria en dichos casos. En el resto, puede ocurrir, en efecto, que un juez aplique la ley penal, por ejemplo, de manera más severa con los extranjeros que con los nacionales. Pero no parece tampoco verosímil que en una justicia penal democrática, como la española, prácticas discriminatorias como la mencionada sean representativas del colectivo judicial. No al menos prácticas que tengan como base discriminatoria la nacionalidad. Puede ocurrir, y de hecho ocurre que en un Estado como el español, en el que la población de raza y piel diferente de la muy mayoritaria en el país sea víctima de discriminación por parte de los poderes públicos. Puede ocurrir así que una persona de piel negra sea al mismo tiempo extranjera. Ahora bien, en estos casos, lo más probable es que los actos de discriminación tengan una base meramente racista, sin relación con la extranjería de la persona víctima de discriminación. En otros términos, incluso en caso de que un estudio pormenorizado pudiera llegar a la conclusión de que los jueces aplican con más severidad la ley penal a los extranjeros que a los nacionales, quedaría por saber si eso sería una muestra más de nacionalismo jurídico o simplemente de racismo o xenofobia.

La segunda razón por la que creo que se puede considerar que el nacionalismo jurídico es un fenómeno marginal en el trato que la justicia da a los particulares es que la aceleración de los efectos de la globalización ha generado un aumento considerable del número de casos que se presentan ante el juez nacional en los que al menos una de las partes es un extranjero. Hace 40 o 50 años un juez español veía pasar muchos menos casos con parte extranjera (divorcios, contratos, etc.), porque el número de extranjeros en España era mucho menor. Con el aumento muy notable de la inmigración y de los intercambios comerciales, el número de casos judiciales con parte extranjera se ha disparado

lógicamente. Lo que podía resultar un tanto exótico para un juez de primera instancia hace 50 años se ha vuelto algo relativamente banal hoy. Razón por la que podemos pensar que los jueces han podido normalizar la presencia extranjera en los procesos judiciales y que se encuentran mejor preparados para administrar justicia haciendo abstracción de esa circunstancia. En cualquier caso, el argumento que consistiría en decir que el juez español es juez y parte en los litigios en que se opone un nacional a un extranjero puede resultar poco convincente hoy día.

Caso muy otro es el que nos encontramos en los litigios en los que el juez va a tener que pronunciarse estando en juego aspectos fundamentales para su comunidad nacional. Puede tratarse de casos en los que entra en conflicto una competencia o misión fundamental para el Estado con otra que pueda serlo para otro Estado (casos de extradición, por ejemplo) o para la UE (cuando parecen chocar sus competencias con aspectos constitucionales fundamentales). Y puede tratarse asimismo de casos en los que la justicia española tiene que resolver litigios en los que se entiende amenazado algún bien o principio básico de la comunidad nacional por parte de algún colectivo o minoría nacional subestatal[61]. En ambos casos, tanto cuando la justicia tiene frente a sí el derecho de otro Estado o de una entidad supraestatal como cuando se trata de un colectivo en el seno del Estado (pensemos aquí principalmente a los gobiernos nacionalistas vasco y catalán), la posición de juez y parte de la justicia española no solo parece mucho más evidente. También resulta más comprensible y, a decir verdad, difícilmente evitable. En efecto, no ha de olvidarse que los jueces tienen como función salvaguardar el orden jurídico por medio del cual se regulan los intereses, ambiciones, preferencias, etc., de su comunidad nacional. Si su intervención en defensa de los intereses nacionales no tiene el menor sentido en un caso de divorcio entre un polaco y una española, sí lo tiene cuando de lo que se trata ante el juez es de evitar, por ejemplo, que el independentismo catalán pueda quebrar la integridad territorial de la nación por medio de un referéndum en el que apoyarse para posteriormente tratar de obtener la independencia o de entregar a la justicia extranjera (en casos en que se tema que no sea tratado de manera justa) a algún compatriota. Aquí no es ya que el juez retuerza su propio derecho de una manera que la comunidad nacional podría llegar a considerar como reprobable (como en casos de racismo, por ejemplo). Es más bien lo contrario: lo normal y esperable para sus conciudadanos es quizás que haga precisamente eso, si es necesario.

### 2.2.3. La Academia jurídica

Nuevamente pasamos a un nivel jurídico discursivo diferente. Ya no se trata de un discurso jurídico propiamente hablando, es decir, creador de derecho, sino de un discurso sobre el derecho en vigor. Los juristas científicos (profesores e investigadores) se dedican a explicar, describir y comentar el funcionamiento de un orden jurídico (por lo general el suyo), los textos jurídicos y su aplicación por parte de los jueces. En ese sentido, si bien es cierto que se trata de un discurso

que no es jurídico en el sentido de crear derecho, ha de tenerse en cuenta, con todo, la capacidad que tiene la Academia jurídica para influir en los órganos creadores de derecho mediante la lectura o conocimiento que estos puedan tener de su producción científica, o bien a través de su participación en el debate público, explicando cuestiones técnicas o generando una opinión pública determinada en favor o en contra de determinadas opciones. Una opinión que podrán quizás hacer suya los órganos de creación de derecho para alinearse con los grupos de opinión y así ganar apoyos (electores), o al menos no perderlos. Si la Academia jurídica no es, pues, una fuente de derecho, puede considerarse, sin embargo, como un colectivo con capacidad tanto para pesar (críticamente, generando nuevos contenidos) en las decisiones que tomen los órganos de creación del derecho como, sobre todo, para apuntalar y reforzar las bases del sistema jurídico (en una línea conservadora, por lo tanto, en el sentido literal —no necesariamente ideológico— del término).

Sea como fuere, independientemente de la capacidad mayor o menor que tenga la Academia jurídica para orientar a los órganos de creación de derecho en un sentido o en el otro, podemos pensar que su función principal no es esa. No en vano los partidos políticos, así como los diferentes poderes constituidos, tienen ya a su disposición a juristas profesionales (muchas veces profesores e investigadores) que los asisten. Al hablar de la Academia jurídica, no son esos juristas al servicio de los partidos políticos o de la Administración a los que me refiero, sino a todos aquellos que cumplen su misión en las universidades y grupos de investigación al servicio del conocimiento que podemos tener sobre el funcionamiento de los sistemas de derecho. Esta posición exterior al ámbito propiamente jurídico es la que les proporciona un estatus especial como observadores privilegiados e imparciales de la actividad de los poderes públicos. Este rol de observador imparcial es todavía más evidente que en el caso anterior de los jueces. Si al juez —decía antes—, en su relación con el derecho, lo percibimos como un agente imparcial, a pesar de ser él mismo un actor de primer orden dentro del sistema jurídico (y con aspiraciones comprensibles de aumentar su peso y poder en el sistema), con mayor facilidad nos resultará ver que los profesores e investigadores en derecho aportan un discurso imparcial sobre un derecho que observan, como se dice a veces, desde su atalaya académica. Da igual que esto se ajuste a la realidad o no, mejor o peor —en realidad no especialmente, como lo veremos—. Lo que importa notar ahora es que la autoridad y prestigio del discurso académico para la sociedad en su conjunto viene, aparte, obviamente, de la pericia técnica que se les reconoce tras años de estudio, de esa posición exterior que tienen respecto del derecho. Así es como pueden ser percibidas las intervenciones de los juristas académicos en los debates públicos y así es, en cualquier caso, como la propia profesión gusta de verse y presentarse.

Como ya pasaba en el caso anterior con los jueces, la realidad nos muestra aquí un cuadro bastante más complejo y alejado de esa representación ideal, de hecho. El propio Kelsen, el padre del positivismo jurídico, denunció ya en su día el perfil ideológico dominante en los estudios de derecho[62]. No es solo que, como los jueces y cualquier otro ciudadano, los estudiosos del derecho tengan sus propias convicciones morales y preferencias ideológicas y que estas se cuelen sin

querer en sus análisis y explicaciones. Es algo mucho peor para lo que aquí nos interesa: sus valores morales y preferencias ideológicas son con frecuencia puestas en sus análisis y comentarios al servicio de aquellos proyectos políticos que mejor los representan. Dicho de otra manera, lo normal es que un científico del derecho de izquierdas adopte en su trabajo un enfoque de izquierdas, del mismo modo que uno de derechas adoptará un enfoque de derechas. Esto no es sistemático, no ocurre cada vez que un estudioso del derecho se expresa, pero sí, insisto, con bastante frecuencia. Y ocurre de manera inconsciente, pero también consciente. Esto es algo importante para lo que aquí nos interesa, como se va a ver dentro de un instante. En efecto, creo que puede decirse que toda persona es consciente de sus preferencias ideológicas. De ahí que la parcialidad ideológica que podamos encontrar en los análisis, descripciones y comentarios de los académicos juristas pueda verse como un fenómeno deliberadamente interesado y hasta cierto punto normal. Y esto, lógicamente, muy a pesar de las quejas y objeciones que puedan formular los estudiosos del derecho frente a dicha crítica. Unas quejas comprensibles, es claro, pues su prestigio y su autoridad dependen, como se ha dicho, en buena medida de su imparcialidad.

Si esto pasa en la Academia jurídica cuando se expresa sobre cuestiones más o menos técnicas e importantes para una determinada agenda política, progresista o conservadora, a sabiendas (porque se es consciente de ello) de que el particular enfoque o sesgo ideológico del científico jurídico va a contaminar (científicamente) sus análisis y explicaciones, es decir, siendo consciente él del problema que ello plantea, preguntémonos ahora lo que puede pasar cuando los juristas se expresan sobre cuestiones más o menos técnicas e importantes para su comunidad nacional desde el convencimiento que tienen de que su posición al respecto es, a diferencia de antes, la de un observador o estudioso imparcial, ajeno por completo a un nacionalismo que podría contaminar su enfoque del problema. Aquí es cuando importa recuperar lo ya explicado en el capítulo precedente sobre la relación que los ciudadanos (los académicos jurídicos incluidos) mantenemos con nuestra comunidad nacional. Y es, como se ha dicho, una relación en la que se naturalizan las cosas, en la que se siente más que se reflexiona, en la que se maneja uno de manera espontánea, como si el significado de las cosas cayera por su propio peso (el sentido común nacional al que me he referido) y no se cuestionan especialmente las convicciones compartidas sobre la nación. Ha de pensarse además que en este tema no hay, en realidad, izquierdas y derechas enfrentadas en el debate público (más allá de matices de mayor o menor importancia), de tal suerte que sus diferentes ideas, programas y agendas se hagan explícitas, y tomen unos y otros (juristas y ciudadanos) conciencia de sus diferencias. Ante los problemas graves que afectan a una comunidad nacional, por lo general, la mayoría que gobierna y la oposición (izquierdas y derechas) hacen piña. Y esta es una diferencia fundamental, como se verá más adelante, para lo que aquí interesa.

En efecto, un académico jurídico sin una ética profesional robusta asumirá probablemente su parcialidad en el debate jurídico y lo veremos seguramente coquetear con los partidos y medios de comunicación que compartan sus ideas, más progresistas o conservadoras. Pero ya he dicho que no es este perfil el que me interesa particularmente al hablar de la Academia jurídica. Me interesa más el

perfil de quien sí tiene una ética profesional más robusta y se esfuerza, con mejores o peores resultados, por contener sus sesgos ideológicos de izquierda o derecha en su actividad profesional. Si bien ha de reconocerse que esto es extremadamente complicado, podemos pensar que un científico jurídico con conciencia del problema va a poder evitar en la medida de lo posible, o cuando menos limitar, que sus preferencias ideológicas o sus convicciones morales contaminen su mirada sobre su objeto de estudio. O, al menos, al tener conciencia del problema, cuando no se pueda evitar, sí se tratará de ocultar mediante un discurso trabajado, un razonamiento bien articulado y que pueda parecer mínimamente riguroso. Y esto es fundamental en la medida en que el derecho, como lo explica Manuel Atienza, puede verse fundamentalmente como una práctica argumentativa[63]. Entre una argumentación con visos de parcialidad que esté razonablemente bien fundamentada y suficientemente desarrollada y otra que no lo esté en absoluto, la diferencia, como se verá, es meridiana si se han de valorar jurídicamente sus méritos. Este va a ser el problema con el que nos encontremos al interesarnos por el nacionalismo jurídico más adelante, pues a los estudiosos del derecho, incluso a aquellos que tienen (o piensan tener) una ética profesional robusta, les va a ser muy difícil percatarse de que en los debates que afectan a valores y principios básicos de su comunidad nacional su intervención va a adoptar una posición insuficientemente reflexiva sobre el tema. Es decir, a diferencia de antes en el debate ideológico (izquierda/derecha), se van a acercar al tema sin tener conciencia de que pueden ser parciales (o incluso más: con la convicción firme de no serlo) en su manera de ver y entender el problema sobre el que han de pronunciarse. Y, entonces, ya no es solo que los análisis y explicaciones puedan ser más o menos parciales, favorables a los intereses de su comunidad nacional. La falta de conciencia respecto de su parcialidad los llevará en muchos casos a no hacer ni siquiera un gran esfuerzo argumentativo. En otras palabras, a no ver la necesidad de ocultar su parcialidad (inexistente para ellos) por medio de un mínimo esfuerzo formal.

Tenemos aquí, en el fondo, el mismo problema de antes. No tiene sentido (o no sistemáticamente) preguntarnos si el TS español es un juez imparcial cuando se expresa en primera o última instancia sobre los casos que se presentan ante él. En cambio, esa pregunta sí tiene sentido en el caso concreto del proceso contra los líderes independentistas catalanes, representantes de una minoría nacional a los que se ha acusado nada más y nada menos que de rebelión y sedición, de atentar contra la integridad territorial de la nación española en cuyo nombre los jueces actúan. Pues bien, el mismo problema lo tenemos en la Academia jurídica. Sus explicaciones y análisis adoptan con mucha frecuencia un perfil nacionalista que es muy probablemente inconsciente. Y es esta inconsciencia, como veremos, la que lleva a muchos de ellos a producir análisis y comentarios que se alejan mucho del perfil científico deseable y a adoptar un patriotismo irreflexivo en su defensa de la comunidad nacional y de las decisiones tomadas por sus principales órganos. Lo normal es que el jurista académico lo niegue, porque —insisto— ni tiene probablemente conciencia del problema ni tampoco ganas de revisar sus convicciones al respecto.

Los tres niveles discursivos que se han diferenciado, el legal, el judicial y el académico, funcionan como una pinza jurídica, reforzándose los unos a los otros,

apuntalando, asimismo —porque de eso va también el nacionalismo jurídico—, las bases del sistema de la comunidad nacional. La connivencia que se ha podido observar entre el ejecutivo, el legislativo y el judicial, los diferentes partidos de ámbito nacional (sin que haya habido apenas oposición en ese tema), los medios de comunicación y la Academia jurídica durante los años del proceso independentista es tan extraordinaria en política por su rareza que debería haber llamado más la atención de lo que lo ha hecho. Claro que de esto va también precisamente el nacionalismo: de naturalizar o normalizar aquello que puede parecer excepcional, de hacer que no veamos o percibamos ese elefante en la habitación en que se ha convertido el nacionalismo en nuestras sociedades.

## 2.3. Derecho, nación y 'derecho a decidir'

El debate que va a centrar mi atención en los capítulos siguientes adopta la forma técnica característica del derecho. Esto va a llevar en él, lógicamente, a poner el foco en el encaje de un referéndum de independencia (el llamado derecho a decidir) en el ordenamiento jurídico español. El debate es técnico, porque de lo que se trataría es de determinar si el derecho positivo español prevé o permite la utilización del instrumento referendario con ese fin. Pero es una discusión técnica por medio de la que, en el fondo, el nacionalismo español oculta la controversia de fondo, la cuestión más importante en el debate, que no es otra que la que versa sobre la idea de nación dominante en España y su comprensión en clave más conservadora o progresista, más esencialista o voluntarista. Ha de notarse, en efecto, que es la concepción particular que el nacionalismo español tiene de ella la que motiva fundamentalmente la solución jurídica que va a ofrecer frente a las demandas del nacionalismo independentista vasco y catalán. Dicho de otra forma, el derecho, tal y como se entiende en España, se encuentra en conexión estrecha con la particular concepción que se tiene también de la nación, de tal forma que esta determina lo que se hace, puede o deber hacer con aquel.

Como se comentó ya en el capítulo anterior, la idea de nación tiene en nuestra modernidad política un doble anclaje o fundamento. Histórico y cultural, o prepolítico, si se prefiere, por una parte, y cívico, voluntarista o político, por la otra. Ambas dimensiones se encuentran presentes y permanentemente activas, con mayor o menor intensidad, en todas y cada una de las experiencias nacionales conocidas. Al revés de lo que muchas veces se dice en el debate no especializado, no se trata de dos dimensiones excluyentes, como si la nación política no tuviera nada de nación cultural, y viceversa, sino de dos facetas necesariamente complementarias en la formación y posterior desarrollo de la nación moderna. En la primera dimensión tenemos la idea de la nación como una comunidad compuesta por individuos que comparten básicamente una misma cultura, lengua, religión, etc. Todos esos rasgos objetivos facilitan el que un grupo humano se perciba como una nación, por semejanza y proximidad. De ahí que podamos hablar de una concepción prepolítica de la nación: antes de la nación en sentido moderno (político), hay ya un sustrato cultural y social que facilita la emergencia de los proyectos nacionales. Por más que se hable de la "invención" de la nación,

esta no sale nunca de un vacío etnocultural. Al contrario, la nación política —la segunda dimensión mencionada— interviene siempre en un segundo momento, seleccionando a partir del material cultural heterogéneo heredado de la historia aquellos criterios diacríticos, mitos, representaciones con los que se va a crear el relato y la identidad nacional. Esa acción política, que lleva de la heterogeneidad cultural inicial (mayor o menor) a la unidad (también mayor o menor) en torno a una identidad nacional común, presentada como superadora del estadio etnocultural inicial y de sus lealtades particulares, es característica de la nación en sentido moderno. Y a ella está asociada —en ese mismo relato nacional— la idea de la nación como reunión voluntaria de los ciudadanos, más allá de las identidades culturales diversas que puedan tener. A ello se refiere Renan con su metáfora de la nación como un plebiscito cotidiano, poniendo el consentimiento ciudadano como base fundamental para la nación democrática[64].

Si conviene insistir en esto en la recta final de este capítulo es porque en el debate que nos va a interesar se encuentra siempre en tela de fondo, como motivación o fundamento principal, la concepción dominante de la nación. ¿Es la nación una comunidad cuya pertenencia puedan los ciudadanos voluntariamente decidir? ¿O bien hablamos de una comunidad dada una vez por todas y una vez creada no puedan ya los ciudadanos decidir sus límites territoriales o —una parte de dicha comunidad— su pertenencia a ella? Cuanto mayor sea la rigidez u hostilidad que un nacionalismo muestre frente a aquellos movimientos que expresen su voluntad de poner sobre el tapete su pertenencia a la comunidad nacional, más nos encontraremos en las coordenadas de la concepción cultural, orgánica o prepolítica de la nación. La nación como herencia que los ciudadanos tienen la obligación de aceptar sin más, sin poder decidir plenamente sobre su futuro o sus límites territoriales. Y al revés, cuanto mayor sea la flexibilidad y comprensión que la comunidad nacional muestre al respecto, más nos encontraremos en las coordenadas de la concepción cívica, política y democrática de la nación. La obligación que esta tiene de poner permanentemente en manos de sus miembros la decisión sobre su futuro y sus límites territoriales. La idea, también, en el fondo, de que la herencia que dejan los muertos a los vivos en forma de nación no puede significar que estos vivan gobernados por aquellos para siempre.

Importa aquí notar, es claro, cómo las demandas independentistas han podido recibir respuestas diferentes en algunas de las democracias de referencia —entre ellas España— en los últimos 20 o 30 años. Lo cual permite asimismo observar cómo el nacionalismo de Estado no necesariamente utiliza su derecho de la misma manera, como si, por el mero hecho de ser un nacionalismo, tuviera que comportarse siguiendo una idéntica pauta. Se puede ver con claridad en las tres democracias mencionadas. Si parece bastante evidente que en el Reino Unido el nacionalismo dominante —el mismo que ha llevado al Brexit, dicho sea de paso — entiende que la nación puede dividirse, esto es, que una parte de su población se separe de ella para formar un Estado independiente y en cualquier caso diferente, y si también en Canadá parece compartirse (quizás con algún matiz menor) la misma concepción de la nación, en España nos encontramos ante una idea de nación muy diferente, podría decirse incluso que opuesta. Nótese que no me refiero a la idea general de nación, a lo que la constituye básicamente en la

dimensión objetiva y subjetiva, cultural y política. Un enfoque de este tipo probablemente no permitiría encontrar grandes diferencias entre las tres democracias citadas. Me refiero al punto concreto que nos interesa, a la posibilidad de la que gozan o no los ciudadanos para, como en la metáfora voluntarista de Renan, decidir de un día para otro abandonar un proyecto nacional en el que no se reconocen si así lo desean. Importa recordar que precisamente esa es, según Renan, una de las marcas características de las naciones democráticas (comparadas con las étnicas, autoritarias, etc.): mantener dentro de la comunidad política común solo a aquellos que deseen formar parte del proyecto nacional, nunca imponerla por la fuerza a quienes no sientan esa comunidad nacional como la suya[65].

Entre la nación como algo intangible para la acción política en democracia (como fuerza transformadora) y la nación como algo disponible para los ciudadanos y sus representantes, es fácil ver la diferencia de concepción o idea de la nación y cuál de las dos es más esencialista y conservadora, o más voluntarista y progresista o democrática. Pero lo que importa notar sobre todo es la manera en que ambas concepciones determinan la forma y orientación que va a tomar el debate público, el jurídico inclusive, a la hora de reaccionar frente a las reivindicaciones del nacionalismo independentista. Cuando la concepción que se maneja de la nación es plenamente cívica y democrática en el punto referido, el nacionalismo estatal va a enfrentar las demandas secesionistas recurriendo a medios democráticos (opinión pública, campaña electoral, elecciones o referéndum, etc.), abriendo por lo tanto un debate público en el que el foco se a poner más en el fondo de la controversia (lo que se desea, si la permanencia o la independencia, los méritos de uno y otro proyecto) que en sus aspectos formales, en los medios técnicos idóneos para dar una solución al problema de fondo planteado. Dicho en otras palabras, va a ser más un debate político que jurídico. Y precisamente por ello el nacionalismo jurídico va a permanecer en un segundo plano, aportando en la sombra las soluciones jurídicas para aquello que se ha decidido políticamente.

Es lo que ha podido pasar en el Reino Unido (2014) o en Canadá (1980, 1995). En cambio, cuando la concepción dominante de la nación tiende a ser esencialista y conservadora, el nacionalismo estatal va a reaccionar poniendo el foco en el derecho de manera cuasi exclusiva, pues se va a entender que la cuestión de fondo (la indivisibilidad de la nación) no es discutible en democracia y ya se ha resuelto políticamente de una vez por todas en la Constitución. Por ello el debate público va a girar principalmente en torno al derecho positivo y sus prescripciones sobre la integridad territorial, las cuales se van a interpretar de tal suerte que, sin sorpresa, un referéndum de independencia (el medio) sea imposible. Lo cual hace que también lo sea el fin perseguido por el nacionalismo independentista, el fondo de la controversia política: la independencia. La prohibición del medio impide la consecución del fin.

Ha de notarse con todo que, en ambos casos, el nacionalismo estatal adopta la estrategia que más y mejor se adapta tanto a sus convicciones como a sus intereses. No es que, en el primero de los casos, cuando el nacionalismo maneja una concepción plenamente cívica de la nación, la integridad territorial de la nación carezca de importancia. Es más bien lo contrario, es algo fundamental para

la comunidad nacional que dicho nacionalismo sostiene y defiende. Pero dicho nacionalismo sostiene y defiende la unidad nacional de otra manera. En efecto, parece entenderse en estos casos que la permanencia de una parte de la población en la comunidad nacional por la fuerza es algo que va tanto contra los principios democráticos y liberales en que se funda como contra los intereses de la nación en su conjunto, por lo desestabilizador que puede ser mantener dentro del sistema a una minoría nacional (pero quizás mayoría en su territorio) contra su voluntad. Pero no solo es eso. En el fondo, cuando el nacionalismo estatal se abre a un debate democrático entre iguales, de proyecto unionista contra proyecto independentista, sabe en el fondo que juega con una ventaja considerable y con medios superiores a los que tiene su adversario político. Es un nacionalismo que, por convicción e interés, decide asumir unos riesgos bastante calculados, a fin de cuentas, sabedor además de que su victoria, si la obtiene como espera, será inapelable, puesto que será democráticamente obtenida. El resultado de los procesos independentistas en Escocia y Quebec parecen poder ilustrarlo bastante bien.

El nacionalismo que decide no abrir democráticamente el debate y el juego político a la cuestión de fondo se asegura la victoria sobre el nacionalismo independentista, ciertamente, pero para ello debe pagar un precio y entrar en un juego discursivo que va a poder ser considerado como tramposo. Por partida doble, de hecho. Por una parte, como se verá, se va a desviar la atención hacia cuestiones técnico-jurídicas (de mucha mayor complejidad para el conjunto de la ciudadanía, lo que parece excluirla del debate) con el objetivo de evitar la discusión de fondo, el combate democrático entre proyectos políticos rivales. Si jurídicamente no hay medios válidos para que una parte del territorio se independice, entonces no es que el nacionalismo estatal no quiera aceptar el combate democrático que el nacionalismo independentista propone, sino que no puede hacerlo, pues su propio derecho se lo impide. A esta primera trampa estratégica en el discurso del nacionalismo estatal se va a añadir otra, o más bien otras muchas que tienen que ver con la manera jurídicamente tan discutible, en ciertos casos incluso inconsistente, con la que se va a argumentar la tesis de la inexistencia de medios jurídicos que permitan la organización de un referéndum de independencia. Todo ello a sabiendas de que el nacionalismo estatal dispone del monopolio de la interpretación jurídica (por medio de sus órganos de aplicación del derecho) y puede, por lo tanto, decir que su derecho dice al respecto lo que le plazca. Una manera tan eficaz de evitar el debate o controversia de fondo como democráticamente discutible y problemática.

Ese es el contexto en el que toma protagonismo el nacionalismo jurídico en España, funcionando a la par como coartada y ariete del nacionalismo político en defensa de los intereses de la comunidad nacional tal y como han sido definidos por él. En el Reino Unido o en Canadá el nacionalismo político no recurrió a tretas técnico-jurídicas para enfrentarse y vencer a su adversario independentista[66]. En España ha ocurrido lo contrario: el nacionalismo jurídico ha servido de ariete de un nacionalismo político que no ha querido dar la batalla democrática por la nación, quizás por miedo a perderla. Es un proceso largo que también ha podido ser calificado de judicialización de la política o incluso de *lawfare*[67]. Es decir, una intervención jurídica de los principales órganos de

aplicación del derecho fuera de los márgenes de lo esperable y deseable en democracia.

Capítulo 3

# El nacionalismo español frente al derecho a decidir. El antecedente vasco

## 3.1. Introducción

El problema que el nacionalismo español va a tener que gestionar está en incubación en los años del cambio de siglo. Son momentos en los que el experimento del "café para todos", forma de Estado bastante heterodoxa[68] con la que se pretende dar encaje, quizás solución, a las reivindicaciones nacionalistas vascas y catalanas principalmente, empieza a mostrar señales de agotamiento. Por una parte, porque la descentralización política que la Constitución del 78 pone en marcha, tras casi 20 años de desarrollo, empieza a tocar techo y a mostrarse problemática sin que por ello el instrumento de la reforma constitucional sea utilizado ni parezca que pueda serlo[69]. Esto es algo que va a motivar las propuestas de reforma estatutaria vasca, primero, y catalana, después, que podrán de hecho se consideradas, no sin razón en parte, como intentos de reforma encubierta de la Constitución[70]. Por otra parte, esta constatación de bloqueo o agotamiento del sistema de las autonomías, unida a la tendencia homogeneizadora que el "café para todos" lleva implícita en su misma lógica, con la equiparación progresiva entre regiones y nacionalidades (fenómeno que seguirá su curso en la década siguiente en las reformas estatutarias aprobadas), no es del agrado de los nacionalistas vascos, catalanes y gallegos, quienes reivindican precisamente su diferencia nacional frente al resto de las comunidades autónomas (CCAA). Ilustración de ello es la Declaración de Barcelona de 1998, firmada conjuntamente por CiU, el PNV y el BNG, en la que se expresa la disconformidad con un sistema autonómico en el que "continúa sin resolverse la articulación del Estado español como plurinacional"[71].

Son momentos también en los que gobierna el PP, tras más de una década de Gobiernos socialistas. Primero con una mayoría simple, lo que motivará su

entendimiento forzado con ese partido bisagra que es CiU a nivel estatal, luego con mayoría absoluta en la siguiente legislatura, a partir de 2001. Los Gobiernos de Aznar van a impulsar un giro centralizador en su gestión de la evolución del sistema autonómico, que va a ser al mismo tiempo una vuelta de tuerca al nacionalismo español, endureciendo su posición contra el pluralismo nacional reivindicado por las mayorías gobernantes en el País Vasco y Cataluña. No ayudan tampoco, desde luego, a la distensión de las relaciones y al diálogo los atentados que ETA sigue cometiendo hasta mediados de la década de 2000.

Este es, a muy grandes rasgos, el contexto en el que empieza a tomar forma el derecho a decidir en España. Primero, en el País Vasco. Es el *lehendakari* Juan José Ibarretxe quien lo propone en 2003. Su Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi, del 25 de octubre de 2003, será aceptada y calificada por la Mesa del Parlamento Vasco como propuesta de reforma estatutaria, de conformidad con lo establecido en el artículo 46 del Estatuto de Autonomía del País Vasco (no reformado desde 1979). En el preámbulo del documento se afirma que "el Pueblo Vasco tiene derecho a decidir su futuro político, tal y como se aprobó por mayoría absoluta el 15 de febrero de 1990 en el Parlamento Vasco, y de conformidad con el derecho de autodeterminación de los pueblos reconocido internacionalmente, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales"[72]. La conexión entre el derecho a decidir y el derecho de autodeterminación es así explícita de entrada en el caso vasco. Esa es la base que sirve para la propuesta que se hace de llegar a un pacto político por medio del cual se cree "un nuevo modelo de relación con el Estado español, basado en la libre asociación y compatible con las posibilidades de desarrollo de un Estado compuesto, plurinacional y asimétrico"[73]. Estamos, pues, ante una propuesta de paso de un Estado unitario descentralizado a lo que podría sin duda calificarse de relación confederal entre Estados, el español y el (futuro, se entiende) Estado vasco. Para dar ese salto tan grande de lo uno a lo otro la vía de la reforma estatutaria no era evidentemente la oportuna. Lo normal habría sido más bien activar el procedimiento de reforma constitucional, para lo cual las CCAA tienen iniciativa en virtud del artículo 166 CE. Es obvio también que ambas vías estaban condenadas al fracaso, pues es el Parlamento español el que ha de tramitarlas, con plena potestad para rechazarlas sin más.

Sea como fuere, creo que una reforma como la propuesta en el proyecto Ibarretxe obliga a distinguir el objetivo político perseguido (el llamado derecho a decidir), por un lado, y su encaje jurídico constitucional eventual, por el otro. Y lo cierto es que lo primero, para que el propone (el nacionalismo vasco), no tiene por qué tener en cuenta lo segundo. Primero, porque cometeríamos un error si pensáramos que la Constitución española de 1978 (cualquier Constitución, de hecho) no tiene a través del procedimiento de reforma medio alguno para encajar una propuesta como la de Ibarretxe en su ordenamiento jurídico. Y ello tanto en su fase inicial (consultar) como en su fase final (independizarse). El artículo 168 CE es bastante claro (aunque esto no impida que pueda interpretarse de otro modo, como así lo hace una parte de la doctrina constitucionalista)[74] en el sentido de determinar que todo es modificable en la Constitución. Algo que el propio TC se ha encargado de recordar en numerosas ocasiones[75]. Razón por la que podría modificarse (si se entiende que la reforma es necesaria, pero puede pensarse que

no)[76] para adaptar la Constitución a la propuesta Ibarretxe. Otra cosa es que no se quiera por no ser el resultado o la finalidad de la reforma del agrado de quien tenga que llevarla cabo, es decir del Estado español. Pero aquí ya nos salimos del registro puramente jurídico, para entrar en el político. Esa sería la segunda razón a tener en cuenta. Si, en el fondo, la reforma del sistema es una cuestión política y depende de las mayorías parlamentarias en el Congreso y el Senado, es decir, de lo que quieran tanto el PSOE como el PP (los dos partidos mayoritarios entonces y todavía hoy), da igual que la propuesta se presente por la vía de la reforma estatutaria o por la constitucional, de manera más heterodoxa u ortodoxa. Del mismo modo que da igual que el contenido de una reforma desborde en apariencia con claridad los límites constitucionales (como así sucedía con la propuesta Ibarretxe) o bien (si es más modesta) parezca ajustarse a ellos. Y es que, a fin de cuentas, no es la más o menos clara constitucionalidad material de la reforma, o el cauce procedimental elegido, lo que es determinante en este caso, sino lo que los dos partidos políticos mayoritarios en España deseen o acepten hacer con ella. Visto así, se puede entender el marcado perfil político del proyecto Ibarretxe y lo irrelevante que podía resultar para el nacionalismo vasco su mejor o (más bien) peor encaje jurídico en el sistema español. El hecho de que, desde la perspectiva del nacionalismo español, esa propuesta pudiese fácilmente ser percibida como un despropósito jurídico no afecta al núcleo ni a la seriedad de la reforma propuesta. Podemos pensar que se trataba simplemente de situar el debate en un terreno diferente de aquel en el que quería jugar el nacionalismo vasco. Mientras este plantea claramente una controversia política, que implica una lógica política transformadora (que habría de conllevar cambios constitucionales importantes), el nacionalismo español prefiere enfocar el problema como una controversia jurídica, acogiéndose a una lógica conservadora[77].

Es algo que se va a poder ver ya desde el inicio de la tramitación de la reforma estatutaria vasca propuesta por Ibarretxe y que va a convertirse en algo sistemático en la reacción del nacionalismo español, como más adelante se verá. En efecto, una vez calificada la propuesta como reforma estatutaria por la Mesa del Parlamento Vasco, se inicia su tramitación y de inmediato el Gobierno español (conservador) impugna la decisión de la Mesa del Parlamento ante el TC conforme al artículo 161.2 CE, que lo autoriza a impugnar las decisiones o resoluciones de los órganos de las CCAA, dicha impugnación implica automáticamente la suspensión de la decisión o resolución recurrida[78]. La razón del recurso es que se consideraba que la propuesta introducía una reforma constitucional encubierta y no solo una reforma estatutaria. Como lo recuerda Eduardo Vírgala en un comentario doctrinal sobre la propuesta Ibarretxe, la intención del Gobierno español era "impedir que la tramitación de la misma siguiera adelante"[79]. Algo que puede sorprender, por dos motivos. Primero, porque el Gobierno disponía de una mayoría en el Congreso que le aseguraba el fracaso del proyecto de reforma estatutaria vasco, como así luego lo confirmarían los hechos. Sin el visto bueno del Parlamento español, ninguna reforma de un estatuto de autonomía es posible. Segundo, porque esa primera etapa de la reforma estatutaria en el Parlamento Vasco no podía "alterar de raíz el ordenamiento constitucional mediante un procedimiento claramente inadecuado", como erróneamente lo subraya Vírgala[80], haciendo suyo el razonamiento del recurso presentado por el Gobierno español.

La razón es bien sencilla: en el momento en que se aprueba el texto de la reforma estatutaria en un Parlamento de una comunidad autónoma, ese texto no es todavía derecho, no crea ni modifica ninguna norma jurídica ni tiene, por lo tanto, capacidad para modificar nada en el ordenamiento jurídico español, pues falta, para que lo sea (derecho), que se agote previamente el proceso de reforma en su totalidad, incluyendo en el caso del País Vasco, la discusión y voto favorable en el Parlamento Vasco y español, primero, y la ratificación del texto que de allí salga en un referéndum popular vinculante que permita a los electores vascos pronunciarse sobre la reforma de su Estatuto de Autonomía, después. Nada podía vulnerar el proyecto de reforma en ese primer momento de aceptación del texto por parte de la Mesa del Parlamento Vasco, como así lo entendió con buen criterio el TC81. Nótese que será la última vez que lo haga en la secuencia temporal que nos va a interesar.

El Gobierno español decide por lo tanto judicializar de entrada una demanda política que, por inasumible que fuese en cuanto a su contenido para las fuerzas políticas españolas mayoritarias en el Parlamento, no tenía reproche desde el punto de vista jurídico o formal en ese momento inicial del proceso de reforma. Se ha de notar, a modo comparativo, que ni el Gobierno británico ni el canadiense (ni ninguno de los partidos políticos de la oposición, es importante subrayarlo) llevaron al Gobierno escocés y quebequense a los tribunales para frenar jurídicamente un referéndum de independencia que perfectamente habrían podido frenar (tal puede pensarse), antes o después, si así lo hubiesen querido.

La propuesta de reforma estatutaria se aprueba en el Parlamento Vasco el 30 de diciembre de 2004 con 39 votos a favor (PNV, EA, EB y tres votos de SA) y 35 en contra (PSE, PP, UN y los tres votos restantes de SA). De allí saldría unos días después, en enero de 2005, hacia el Congreso de los Diputados para su discusión y votación en la segunda fase preceptiva del procedimiento de reforma estatutaria. Allí encontrará la oposición frontal, más enérgica en la derecha, más moderada en la izquierda, de todos los partidos de ámbito nacional, saldándose la votación con 313 votos en contra (PSOE, PP, IU, CC y CHA), 29 a favor (PNV, ERC, CiU, BNG, EA y NaBai) y dos abstenciones (ICV).

El cierre de la vía de la reforma estatutaria, vía que el presidente Ibarretxe presenta como del diálogo y la negociación, abrirá la que podemos considerar como la vía unilateral vasca, tal y como, por lo demás, lo había anunciado el propio Ibarretxe antes de su defensa del proyecto de reforma en el Congreso y durante el debate en el pleno. Dos años más tarde, marcados en parte por el cese anunciado de la actividad de ETA y las negociaciones del Gobierno Zapatero con Batasuna, el presidente Ibarretxe anuncia en septiembre de 2007 una nueva hoja de ruta en la que figura la organización de un referéndum que, de no poder ser acordado con el Gobierno español, permitiría al Gobierno Vasco consultar unilateralmente y de manera no vinculante a sus administrados sobre el futuro político del País Vasco. La imposibilidad rápidamente constatada de poder acordar una consulta pactada con el Gobierno español lleva a Ibarretxe a impulsar una ley de consultas, el "proyecto de ley de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la comunidad autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política", que será aprobada por el Parlamento

Vasco el 27 de junio de 2008, por una mayoría mínima de 34 votos a favor y 33 en contra (con siete abstenciones).

En su exposición de motivos, se dice que dicha ley "constituye un instrumento legal y democrático para que el Pueblo Vasco pueda ejercer libremente el derecho fundamental de participación ciudadana en los asuntos de trascendencia que son de su incumbencia", se busca como norma habilitante el artículo 9.2 del Estatuto de Autonomía, "que establece la obligación de los poderes públicos vascos, en el ámbito de sus atribuciones, de facilitar 'la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social del País Vasco'", y se excluye la aplicación de la LO sobre distintas modalidades de referéndum 2/1980, que disciplina el instrumento referendario en España "al no tratarse de una consulta popular por vía de referéndum, en cualquiera de sus modalidades ni ser jurídicamente vinculante"[82].

En su artículo único se presentan las dos preguntas que se haría en la consulta proyectada para el 25 de octubre de 2008:

a) ¿Está usted de acuerdo en apoyar un proceso de final dialogado de la violencia, si previamente ETA manifiesta de forma inequívoca su voluntad de poner fin a la misma de una vez y para siempre?

b) ¿Está usted de acuerdo en que los partidos vascos, sin exclusiones, inicien un proceso de negociación para alcanzar un acuerdo democrático sobre el ejercicio del derecho a decidir del Pueblo Vasco, y que dicho acuerdo sea sometido a referéndum antes de que finalice el año 2010?[83].

Como se sabe, la ley será recurrida por el Gobierno socialista ante el TC, lo que conllevará su suspensión automática hasta el momento del fallo, que recaerá poco después, el 11 de septiembre de 2008 (STC 103/2008)[84], con el resultado poco sorprendente de la declaración de inconstitucionalidad de la ley impugnada. Así se cierra el antecedente vasco del derecho a decidir hasta la fecha. Importa ahora centrarnos en esa importante sentencia con la que el TC pone fin al proyecto Ibarretxe.

### 3.2. La STC 103/2008

El recurso interpuesto por el Gobierno español contra la ley vasca de consultas populares le da al TC la posibilidad de pronunciarse sobre la organización de un referéndum consultivo que, en el ámbito territorial de una comunidad autónoma, verse sobre su futuro político. Si en la pregunta no se hacía referencia a la independencia, la consideración del País Vasco como sujeto con capacidad de hablar "de tú a tú" con el Estado español en aras de llegar a un acuerdo de libre asociación es algo equiparable, de manera bastante clara, con el estatus de Estado independiente y, por lo tanto, libre para decidir asociarse con otros, por el que se preguntará directamente en el referéndum catalán años después. La similitud entre ambos casos es evidente y, por ello, la consulta vasca puede presentarse

como el antecedente que le permite al TC iniciar una jurisprudencia que más tarde desarrollará y reforzará sin desviarse especialmente en lo fundamental de esa primera sentencia.

En el recurso presentado por el Gobierno se hace referencia a un triple motivo de inconstitucionalidad de la ley vasca: competencial, procedimental y sustantivo (antecedente 3). El vicio de inconstitucionalidad competencial implica, según el Abogado del Estado, una extralimitación del Parlamento Vasco al invadir una competencia (convocatoria de referéndums) que la Constitución en su artículo 149.1.32, en relación con el artículo 92, deja en las manos exclusivas del Estado central. El Parlamento Vasco habría por lo tanto hecho uso de una competencia estatal en defecto de habilitación normativa para ello. Por su parte, el vicio de inconstitucionalidad procedimental tiene que ver, en opinión del Abogado del Estado, con el cauce legislativo utilizado para aprobar la ley impugnada. El procedimiento de lectura única activado por el Gobierno Vasco al presentar su proyecto de ley habría vulnerado el artículo 119.3 del Reglamento del Parlamento Vasco, al no concurrir las circunstancias extraordinarias y las razones de urgente necesidad a las que se refiere el artículo citado, al afectar también a materias explícitamente excluidas de ese procedimiento y, además, por haber supuesto ello una violación del derecho fundamental de participación política de los ciudadanos del artículo 23.1 CE. Por último, la inconstitucionalidad material de la ley vendría de la vulneración de los artículos 1.2 y 2 CE, en relación con el 168, al entenderse que la consulta proyectada atentaría a la soberanía del pueblo español, así como a la indisolubilidad de la nación, cuestiones que únicamente pueden verse afectadas por medio del procedimiento especial de reforma previsto en el artículo 168.

Por su parte, la defensa del Gobierno (antecedente 6) y del Parlamento Vasco (antecedente 5) argumentará en sentido contrario defendiendo que ninguno de los tres vicios de inconstitucionalidad se encuentra caracterizado en el caso objeto de examen por parte del TC. La inconstitucionalidad competencial es discutida al entenderse que, al margen del instrumento referendario previsto por la Constitución, existen otros tipos de consultas populares a las que no pueden ser de aplicación los artículos supuestamente vulnerados (artículos 149.1.32 y 92) ni la LO reguladora de las distintas modalidades de referéndum. En opinión de los representantes vascos, las consultas de ámbito territorial municipal a las que se refiere la disposición adicional de la LO 2/1980 son una posibilidad o competencia que se deriva implícitamente del principio de democracia municipal, lo que, por analogía, es extensible a la competencia implícita que tendrían las CCAA para consultar a sus administrados en su ámbito territorial sobre cuestiones de su incumbencia. Al no ser, pues —entienden ambos representantes — ni un referéndum ni tener fuerza vinculante, la consulta proyectada no sería "de aquellas a las que resultan de aplicación el artículo 92 CE y la Ley Orgánica 2/1980, razón por la cual no precisaría la autorización del Estado".

Por su parte, el vicio de inconstitucionalidad procedimental es discutido por los representantes vascos al entender respetado el procedimiento de lectura única previsto por el Reglamento del Parlamento Vasco y al haberse garantizado el derecho de participación de todos los diputados a la formación de la voluntad de la Cámara, no suponiendo la lectura y voto único sin posibilidad de enmiendas

parciales del texto una vulneración de dicho derecho.

Finalmente, los representantes vascos también se oponen a la alegación de inconstitucionalidad material realizada en el recurso por el Gobierno español. Su argumentación se centra en este punto en el carácter no vinculante de la consulta, lo que impide, en su opinión, que puedan verse vulnerados los artículos 1.2 y 2 CE en relación con el 168. La consulta tendría como único fin "recabar la opinión de los ciudadanos vascos", algo de lo que no se puede derivar ningún efecto jurídico susceptible de colisionar con los artículos de la Constitución citados.

El TC se va a pronunciar sobre el caso distinguiendo los "más graves defectos de inconstitucionalidad" (FJ 5), el competencial y el material, del procedimental, de menor relevancia para él. En todos ellos va a hacer suya la argumentación propuesta por el Abogado del Estado.

Sobre la inconstitucionalidad procedimental alegada, que el TC aborda significativamente en último término (nótese que figuraba en segundo lugar en el orden expositivo en los antecedentes), los magistrados entienden unánimemente que "sea o no cuestionable la concurrencia en el caso de 'circunstancias de carácter extraordinario' o problemas que precisen de un remedio legislativo por vía de urgencia, resulta indiscutible que, atendido el contenido de la Ley recurrida, se ven afectadas por ella materias expresamente excluidas por el artículo 119.3 RPV". Para el TC "es evidente la incidencia de la Ley sobre el derecho fundamental a participar en los asuntos públicos garantizado a los ciudadanos vascos por el artículo 23 CE", materia excluida por el artículo 119.3 RPV, así como "el régimen electoral" (FJ. 5). Por añadidura, el TC entiende que "se ha impuesto a la Cámara la tramitación de la Ley impugnada a través de un procedimiento en el cual resultan notablemente limitadas las posibilidades de participación de las minorías en el proceso de elaboración de la norma".

En cuanto al vicio de inconstitucionalidad competencial alegado, el TC considera que lo primero y fundamental es determinar si la consulta proyectada es un referéndum o no (FJ 3). A esta primera interrogante va a contestar afirmativamente. En su opinión, "es claro que la consulta es un referéndum", pues son "indiscutibles el objeto de la consulta, la voluntad requerida y que esta ha de manifestarse mediante un procedimiento electoral dotado de las garantías propias de los procesos electorales". Una vez declarado que la consulta vasca es un referéndum, el TC entiende que procede examinar su encaje en el orden constitucional español. Para ello, va a considerar la regulación constitucional del instrumento referendario, por una parte, y su desarrollo legislativo, después. En referencia a la primera, el TC recuerda que "la Constitución atribuye al Estado como competencia exclusiva la 'autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum' (artículo 149.1.32 CE)". Esta competencia exclusiva del Estado imposibilitaría la organización de un referéndum sin previa autorización del órgano constitucionalmente competente. También recuerda el TC que en relación con los referéndums de ámbito territorial inferior al nacional previstos por la Constitución (artículos 151 y 152), competencias asumidas por el Estatuto de Autonomía vasco, la autorización estatal es preceptiva (FJ 3). Sobre la segunda, el TC recuerda que:

La Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de

referéndum, es la llamada por el artículo 92.3 CE para regular las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución, siendo además la única Ley constitucionalmente adecuada para el cumplimiento de otra reserva, añadida a la competencial del artículo 149.1.32 CE: la genérica del artículo 81 CE para el desarrollo de los derechos fundamentales, en este caso el derecho de participación política reconocido en el artículo 23 CE.

De lo anterior el TC concluye que el Gobierno Vasco no puede ampararse en una competencia implícita derivada del principio democrático en el ámbito territorial autonómico para invadir una competencia explícitamente reservada por la Constitución al Estado. La posición que fija en su sentencia en materia referendaria es que, en una democracia representativa como la española, no caben competencias implícitas: "Solo pueden convocarse y celebrarse los referendos que expresamente estén previstos en las normas del Estado, incluidos los Estatutos de Autonomía, de conformidad con la Constitución" (FJ 3).

Finalmente, el TC le da la razón al Gobierno español al entender, con él, que la ley vasca también vulnera los artículos 1.2 y 2 CE, en relación con el 168 relativo a la reforma constitucional. El TC entiende que:

> La Ley recurrida presupone la existencia de un sujeto, el "pueblo vasco", titular de un "derecho a decidir" susceptible de ser "ejercitado" [artículo 1 b) de la Ley impugnada], equivalente al titular de la soberanía, el pueblo español, y capaz de negociar con el Estado constituido por la Nación española los términos de una nueva relación entre este y una de las Comunidades Autónomas en las que se organiza (FJ 4).

Añade asimismo que "la identificación de un sujeto institucional dotado de tales cualidades y competencias resulta, sin embargo, imposible sin una reforma previa de la Constitución vigente". En la medida en que la ley implicaría una vulneración de los artículos 1.2 y 2 CE, estaríamos ante una iniciativa que solo puede encauzarse jurídicamente en el ordenamiento español por medio del artículo 168, que, como se sabe, prevé la organización preceptiva de un referéndum de ratificación del texto de la reforma. Como lo dice el TC, "la cuestión que ha querido someterse a consulta de los ciudadanos de la comunidad autónoma del País Vasco […] solo puede ser objeto de consulta por vía del referéndum de revisión constitucional".

Cualquiera de los tres vicios de inconstitucionalidad alegados por el Gobierno habría bastado por sí solo para declarar la inconstitucionalidad de la ley vasca recurrida, pero, como se acaba de ver, el TC los acoge todos, sin mostrar la menor duda al respecto en su argumentación.

### 3.3. Comentario de la sentencia: la primera piedra de la jurisprudencia nacionalista del TC sobre el derecho a decidir

La STC 103/2008 sienta la jurisprudencia que va a desarrollarse y consolidarse durante el proceso independentista catalán. Nos va a interesar aquí la particular

interpretación que hace el TC tanto de la ley vasca impugnada por el Gobierno español como del ordenamiento jurídico español en su conjunto, como marco en el cual se plantea la cuestión del encaje de dicha ley. Es importante recordar que estamos ante una actividad del TC que es interpretativa. Ello debería evitarnos caer en el error ya mencionado con anterioridad de pensar que los jueces se limitan a aplicar las normas jurídicas, a decir la verdad en cuanto al significado de estas, como si, en el fondo, su actividad no fuese interpretativa, sino meramente cognoscitiva y declarativa. El derecho, en realidad, es pura interpretación, como bien se puede apreciar, de hecho, en las lecturas diametralmente opuestas que hacen los representantes del Estado y del Gobierno y Parlamento Vasco ante el TC, precisamente. Y en vano se dirá que ambos realizan una lectura interesada (la que les conviene, lo cual es cierto), y quizás por ello errónea y hasta retorcida del derecho positivo, lo cual permitiría hablar de interpretación en su caso y no en el del órgano juzgador. La lectura tan diferente que hacen las dos partes ante el TC viene motivada ciertamente por el interés que una y otra tienen de ver las cosas como más les conviene, pero es muy probable que, en casos como este, eso mismo pueda decirse también del juez. Es decir, ya no es solo que, para el TC, por lo motivos que ya se mencionaron con anterioridad, sea imposible conocer con certeza el significado de una norma antes de aplicarla, lo que nos sitúa necesariamente en el marco de una actividad interpretativa. Como lo comenté ya, debe tenerse en cuenta además que hay casos en los que resulta muy difícil para el juez asumir el papel de árbitro imparcial que se espera de él. En un caso como el de la STC 103/2008, en el que el TC ha de examinar una norma aprobada por la mayoría nacionalista vasca que pretende, nada más y nada menos, cuestionar alguno de los principios básicos del orden jurídico en el que el TC opera para, quizás, acabar separándose del propio sistema constitucional del que el TC es el guardián, se entenderá que no se dan las condiciones para que el órgano juzgador pueda intervenir sin la menor de las dudas amparado por el halo de imparcialidad del que puede beneficiarse en muchos otros casos. En un asunto como el que nos ocupa, el TC es inevitablemente juez y parte. Y de ahí que su interpretación de la controversia pueda verse afectada por el interés nacional (la protección de la nación española, de su unidad e integridad territorial) que en buena lógica puede ser el suyo como "guardián" de ese orden jurídico.

Esto se ve particularmente bien en la manera como el TC valora la ley vasca y su eventual encaje en el ordenamiento jurídico español, adoptando una línea interpretativa en la que sobresalen, por un lado, la voluntad de interpretar el derecho positivo de la manera más restrictiva que le sea posible[85] y, por el otro, sobre todo, y en complemento de lo primero, la naturalidad con la que se realiza una lectura jurídicamente sin la menor consistencia para reforzar la apariencia de clara inconstitucionalidad de la ley vasca. Si lo primero puede enmarcarse en lo que lo que puede parecer una respuesta a fin de cuentas lógica de un nacionalismo con marcado perfil conservador (en defensa y conservación de la unidad nacional), lo segundo ha de verse más bien como algo que responde a una lógica nacionalista más extrema o radical, tan radical que no se duda de hecho en retorcer (sin necesidad, como se verá) el derecho en vigor hasta extremos en los que la lógica jurídica se acaba perdiendo por completo. Veamos ambos puntos por

separado.

Es importante empezar por la inconstitucionalidad material porque, en el fondo, es la que puede pensarse que guía todo el razonamiento del TC. La razón de ello es fácil de entender: si lo que se desea es declarar la inconstitucionalidad de la ley, y si desde un punto de vista jurídico formal pueden existir dudas razonables al respecto (como luego se verá), puede ser de gran utilidad para la argumentación determinar que nos encontramos ante una ley tan clara como descaradamente inconstitucional por razones materiales, al vulnerar aspectos fundamentales del orden jurídico español. En efecto, esto puede facilitar una interpretación instrumental restrictiva desde el punto de vista formal, la que luego me interesará. Esta interpretación sobre los vicios de inconstitucionalidad competencial y procedimental sería instrumental en el sentido de evitar que se pueda vulnerar material y gravemente la Constitución. Como no se desea el fin que persigue la ley vasca, se adoptan los medios necesarios (interpretación restrictiva) para desactivarla. La interpretación más rígida y restrictiva en el plano formal tendría además otra virtud, aparte de reforzar la impresión de inconstitucionalidad de la ley impugnada, y es que vendría a motivar la inconstitucionalidad de la ley de manera más sólida y sobria, habida cuenta de que, como se va a mostrar en un instante, la argumentación del TC sobre la inconstitucionalidad material tiene jurídicamente una base inconsistente. La sola defensa de la inconstitucionalidad material (si se considerara la ley constitucional desde el punto de vista formal, competencial y procedimental) haría que la decisión del TC tuviera un único motivo de inconstitucionalidad, el menos sólido, por añadidura. Veámoslo.

No ha de olvidarse que estamos examinando la actividad de un órgano judicial cuyo cometido es pronunciarse en derecho sobre la capacidad que tienen las normas infraconstitucionales de respetar o vulnerar las reglas y principios contenidos en la Constitución. El examen que debe realizar es por lo tanto un examen jurídico, no político, en el que se valora si una ley afecta a algún precepto constitucional, de tal suerte que su permanencia en el orden jurídico implicaría una modificación (o tal puede pensarse) del precepto constitucional afectado. Por ello el TC se refiere, con razón, al proceso de reforma constitucional como cauce oportuno para introducir cambios en la Constitución y al proceder erróneo de tratar de introducir dichos cambios por medio del procedimiento legislativo ordinario, como entiende que habría hecho el legislador vasco (FJ 4).

Aquí es donde tiene especial relevancia la figura del referéndum consultivo o de cualquier consulta popular sin efectos jurídicos vinculantes. Como luego se verá, el TC podía perfectamente entender, como lo hizo, que el legislador vasco había actuado invadiendo una competencia exclusiva del Estado al aprobar una ley sobre consultas populares. Ahora bien, lo que de ninguna manera podía razonablemente afirmar es que una consulta sin efectos jurídicos tiene capacidad para vulnerar preceptos materiales como los contenidos en el artículo 1.2 (la soberanía del pueblo español), 2 (la indisolubilidad de la nación) y 168 CE. Y ello por la razón tan evidente (tal debería parecer, en cualquier caso)[86] de que algo que no tiene capacidad para integrar el orden jurídico español (como lo serían la organización y el resultado de un referéndum consultivo) no puede tampoco tenerla para vulnerar normas jurídicas de dicho orden, ni constitucionales ni

infraconstitucionales. La interpretación del TC en este punto es jurídicamente insostenible. Para verlo con claridad, puede ser útil hacer un ejercicio de despliegue de lo que habría podido dar de sí la ley impugnada en caso de que el TC no le hubiese encontrado reproche constitucional alguno. Preguntémonos qué habría pasado.

Lo normal habría sido que el referéndum anunciado se hubiese celebrado y que la participación hubiese sido muy alta[87]. Pero dejemos esto de lado, pues no es relevante para lo que quiero explicar. Daría igual jurídicamente que el referéndum hubiese tenido una participación alta o baja, algo que se confirma si observamos, por ejemplo, la baja participación con la que se ratificó en referéndum vinculante la reforma del Estatuto de Autonomía catalán en 2006 (48,8%). Algo que no tuvo la menor incidencia jurídica en el proceso de reforma: el texto votado entró en vigor a pesar de no haber participado ni la mitad del censo electoral. Pues bien, imaginemos que el referéndum se celebra y que el resultado es desfavorable al Gobierno Vasco. En este caso, este no tendría legitimidad política para seguir adelante con su proyecto y, muy probablemente, dicho proyecto se habría quedado en ese punto, es decir en nada. ¿Habría dejado el pueblo español de ser soberano como lo dice el artículo 1.2 CE? ¿Habría dejado la nación de ser indisoluble como lo dice el artículo 2 CE? ¿Se habría modificado la Constitución en algún punto en violación flagrante del procedimiento de reforma del artículo 168? No parece que una respuesta afirmativa a estas preguntas tenga el menor sentido. Pongámonos entonces en el peor de los escenarios para el nacionalismo español, uno en el que la respuesta en el referéndum fuese favorable al proyecto del Gobierno Vasco. Y volvamos a hacer las mismas preguntas: ¿Habría dejado el pueblo español de ser soberano como lo dice el artículo 1.2 CE? ¿Habría dejado la nación de ser indisoluble como lo dice el artículo 2 CE? ¿Se habría modificado la Constitución en algún punto en violación flagrante del procedimiento de reforma del artículo 168? La respuesta a cada una de ellas seguiría siendo la misma. Tras un referéndum victorioso para el nacionalismo vasco es muy probable que este se sintiese con la fuerza y legitimidad suficientes para presionar al Gobierno español en aras de obtener lo que quería, pero lo cierto es que en ese momento posterior a la fecha del referéndum victorioso el nacionalismo vasco no habría obtenido jurídicamente nada, ni su estatus de pueblo soberano (como erróneamente dice el TC en su sentencia FJ 4), pues seguiría dependiendo del único soberano en el sistema español (el pueblo español) para poder dar un cauce legal a su proyecto, ni la independencia respecto del Estado español, ni ninguna otra cosa de menor relevancia. Y ello por la sencilla razón de que el referéndum, al no ser vinculante, no obligaría absolutamente a nadie, ni al Gobierno español ni tampoco al vasco. El primero podría perfectamente hacer oídos sordos al resultado del referéndum, acogiéndose a muchos de los argumentos que en la secuencia vasco-catalana del derecho a decidir ha hecho servir y le han valido para negarse a negociar un referéndum consultivo de independencia. Y el segundo, ante esa situación de bloqueo habría podido huir hacia adelante, como lo hará más tarde el nacionalismo catalán, con el resultado que todos conocemos (ninguno), o bien resignarse y abandonar su proyecto durante cierto tiempo. Y todo ello sin que el derecho vigente en el sistema español hubiese sufrido la menor alteración. Desde

el punto de vista del derecho no se puede afirmar con seriedad y rigor otra cosa.

Cuestión muy diferente es lo que se pueda afirmar desde la perspectiva política. Este es el punto neurálgico, por decirlo así, del asunto. En este caso sí, no es indiferente que el referéndum consultivo se celebre o no. Porque si se celebra y además el nacionalismo vasco obtiene la victoria (sobre todo si es holgada), entonces el Gobierno español se encontraría en una situación democrática (política) complicada y bastante embarazosa, como lo podría ser en democracia quedarse de brazos cruzados cuando la mayoría de la población en uno de sus territorios expresa su deseo de cambiar su estatus político o incluso de salirse del sistema[88]. ¿Tendría esto consecuencias políticas para el Gobierno español, para el partido que gobierna y que ha hecho posible esa situación embarazosa? Probablemente sí en el País Vasco, en donde, a no dudarlo, su negativa a habilitar un cauce legal para hacer efectiva la voluntad expresada en el referéndum sería presentado como una traición al principio democrático, con el previsible castigo político (en términos electorales) que esto podría conllevar; en el resto del territorio español, en cambio, quizás no hubiese consecuencia política alguna (negativa), pues no habría probablemente muchas voces presionando al Gobierno para que este diese un paso en la dirección deseada por el nacionalismo vasco. O quizás sí, pero esto, en el fondo, es irrelevante jurídicamente, pues el derecho español solo se vería afectado (en el sentido de "alterado" o "modificado") por dicho referéndum si el Gobierno español fuese capaz de llevar a cabo los cambios legales o constitucionales oportunos.

Afirmar que la organización de un referéndum consultivo es algo que, de por sí, tiene efectos jurídicos, es por lo tanto un sinsentido. El mismo sinsentido que sería afirmar que los consejos de prudencia por los que nos guiamos cuando conducimos un coche o las promesas electorales que hace un candidato en democracia tienen valor jurídico, en el sentido de decir que son tan jurídicamente vinculantes como las reglas de circulación o las leyes electorales. El sistema jurídico no reacciona nunca, ni para sancionarnos ni para decirnos que hemos actuado según lo esperado en derecho, en los casos en los que circulamos por carretera incumpliendo nuestras propias reglas de prudencia (pero respetando el código de circulación) o cuando, como candidatos a alguna responsabilidad política, incumplimos las promesas que hemos realizado en campaña, vulnerando así, quizás, nuestro propio código ético y la confianza que los electores han depositado en nosotros. Todas esas acciones tienen la particularidad de producir efectos o tener consecuencias en distintos ámbitos (la mentira puede acabar con una amistad o con una carrera política), pero no en el del derecho. Muy diferente es lo que pasa cuando incumplimos normas que jurídicamente nos obligan, como lo son circular por autopista a no más de 120 km/h o pagar impuestos. Ahí el sistema jurídico, una vez constatada su vulneración, actúa en buena lógica.

La razón por la que el TC adopta esa línea argumentativa respecto del vicio de inconstitucionalidad material es por lo tanto entendible políticamente, pero no jurídicamente. El TC deseaba evitar a toda costa el fin perseguido por el nacionalismo vasco, lo cual puede entenderse. Pero no necesitaba encontrar un vicio de inconstitucionalidad material para ello, pues con los vicios de inconstitucionalidad formales le bastaba, como se va a ver en un instante. Su argumentación de la inconstitucionalidad material es jurídicamente insostenible y

no se puede aceptar el argumento que trae causa de los efectos políticos que tiene necesariamente (o no necesariamente, diría yo) un referéndum consultivo en democracia para, de ahí, dar un salto improcedente a los efectos jurídicos y a su capacidad para alterar el derecho positivo. Ni siquiera en la, en mi opinión, más honesta y clara argumentación llevada a cabo por el Tribunal Supremo británico, en su examen reciente de la legalidad de un eventual referéndum de independencia no acordado en Escocia, se consigue dar ese salto de lo político a lo jurídico de manera correcta y lógica en derecho[89]. Simplemente porque no se puede. Recordemos que el Tribunal Supremo británico llega a la misma conclusión que el TC español, pero realiza una exposición en la que distingue de manera clara lo político y lo jurídico en el caso examinado. Merece la pena detenerse un instante a verlo.

El TS británico argumenta primero en la línea del TC español, señalando que los efectos de la ley reguladora del referéndum de independencia van más allá de la organización del mismo:

> El efecto del proyecto de ley, sin embargo, no se limitará a la celebración de un referéndum. Aunque no sea vinculante, y pueda calificarse en ese sentido de consultivo, un referéndum celebrado legalmente no es un mero ejercicio de consulta pública o un sondeo de opinión pública. Es un proceso democrático celebrado de conformidad con la ley que tiene como resultado la expresión de la opinión del electorado sobre una cuestión específica de política pública en una ocasión concreta (párr. 78)[90].

Tras lo cual concluye —obsérvese bien— que todo ello le daría legitimidad al resultado: "La autoridad legal y la observancia del procedimiento legal confieren legitimidad al resultado"[91] (párr. 78). Nótese que al hablar de "legitimidad", el TS no está razonando en términos jurídicos (tendría que hablar de "eficacia", de "validez" o de "legalidad", no de "legitimidad"), sino políticos o quizás morales. Lo que se confirma en el párrafo que sigue su demostración. En él se dice de manera meridiana que el referéndum no tiene consecuencias legales o jurídicas: "Ese marco legislativo se establece porque el resultado de un referéndum celebrado legalmente es una cuestión de importancia en el ámbito político, aunque *no tenga consecuencias jurídicas inmediatas*"[92] (párr. 79, énfasis mío). En apoyo e ilustración de lo cual cita varios casos, uno de los cuales es el referéndum del Brexit, sobre el cual el TS tuvo la ocasión de expresar que sus efectos eran políticos, no legales, y que solo después de un acto (jurídico) del Parlamento británico dando cauce legal a esa expresión democrática del pueblo británico se podría decir que había tenido efectos jurídicos: "[El] referéndum de 2016 no modificó la ley de forma que permitiera a los ministros retirar al Reino Unido de la Unión Europea sin aprobar antes una ley. Pero eso no significa en absoluto que carezca de efecto. Significa que, a menos que el Parlamento actúe en consecuencia y hasta que lo haga, su fuerza es política y no jurídica"[93] (párr. 79). Algo que vuelve a subrayar en su exposición un poco después insistiendo en lo importante que es la expresión de la voluntad del pueblo en una cultura democrática:

> Un referéndum legal sobre la cuestión prevista en el proyecto de ley sería sin duda un acontecimiento político importante, aunque su resultado no tuviera consecuencias jurídicas

inmediatas, y aunque el Gobierno del Reino Unido no se hubiera comprometido políticamente a actuar en consecuencia. Un resultado claro, cualquiera que fuera la respuesta a la pregunta, tendría la autoridad, en una Constitución y una cultura política basadas en la democracia, de una expresión democrática de la opinión del electorado escocés94 (párr. 81).

Todo lo cual no impedirá que el TS acabe considerando, de manera muy inconsecuente, que la ley escocesa proyectada afectaría jurídicamente a las materias reservadas (competencia del Parlamento británico, entre ellas la soberanía y la unión), algo que el propio tribunal había afirmado previamente en varias ocasiones como algo jurídicamente imposible.

Aunque con una argumentación en la que, con claridad y honestidad, se diferencia bien lo jurídico (el ámbito propio de los jueces) de lo político, también el TS británico acaba produciendo una opinión jurisprudencial de marcado perfil político (nacionalista), en el que las consecuencias políticas de un referéndum consultivo priman sobre las jurídicas. Al hacer eso, el tribunal abusa de su posición como juez de última instancia, ilustrando a la perfección el realismo de las palabras de un conocido magistrado del Tribunal Supremo norteamericano cuando decía que los magistrados del TS no interpretan el derecho en última instancia porque sean infalibles, sino que son jurídicamente infalibles porque se pronuncian en última instancia ("We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final")95. Una frase con la que reconocía que ellos también se equivocan, con la única diferencia de que sus errores no pueden ser corregidos judicialmente por un órgano superior. Ahora bien, ha de reconocerse que hay errores y errores. En nuestro caso, el hecho de que el TC español, como también el TS británico, expliquen que un referéndum consultivo tiene capacidad para vulnerar, es decir, cambiar o alterar, el orden jurídico en el que se celebra no es algo, por su parte, con capacidad para dar efectos jurídicos o vinculantes en la práctica a consultas o referéndums caracterizados como consultivos. Si fuera cierto lo contrario, esto es, que los referéndums consultivos tienen efectos jurídicos vinculantes, y si nos tomamos en serio la fuerza vinculante de los precedentes judiciales, entonces nos encontraríamos en la tan curiosa e interesante situación de tener que aceptar (todos nosotros, pues es voluntad del intérprete constitucional) que todas las consultas y referéndums que figuran en el ordenamiento jurídico español y británico tienen efectos jurídicos vinculantes a partir de las sentencias en las que tales efectos se reconocen (se haga de manera más o menos explícita y coherente). Pues esto es, en el fondo, lo que cabría deducir de la argumentación del TC: si los referéndums consultivos también obligan a los poderes públicos, en el sentido de que crean nuevas normas jurídicas que no pueden ignorar, obligándolos a hacer o dejar de hacer lo expresado por la norma jurídica que el referéndum crea, entonces la diferencia entre los referéndums vinculantes y los consultivos desaparece en una democracia como la española.

La conclusión a la que se puede llegar sobre la inconstitucionalidad material examinada por el TC es que este se deja llevar por consideraciones de interés político. Esto hace de él en el caso examinado más un guardián de la unidad nacional española que de su orden jurídico. En efecto, si se piensa con detenimiento, en realidad nada tenía este que temer de un referéndum consultivo.

La tan inconsistente vía jurídica que el TC abre en su argumentación puede verse de este modo como expresión de un nacionalismo radical deseoso de impedir cueste lo que cueste (inclusive su reputación y autoridad) aquello que políticamente se rechaza.

Tras lo dicho sobre los vicios de inconstitucionalidad material de la ley vasca, no es sorprendente que la argumentación que el TC desarrolla sobre los vicios de inconstitucionalidad competencial y procedimental acoja también favorablemente el recurso presentado por el Gobierno español. Estamos ante cuestiones técnicas sobre las que el debate jurídico ha podido dejar orientaciones diferentes, pero no se puede decir, como en el caso anterior, que el TC adopte una línea explicativa poco razonable o falta de lógica en derecho. Por lo ya comentado, es normal que la interpretación que hace el TC del caso sea la más restrictiva o conservadora. Las lecturas contrastadas de los representantes español y vasco ante el TC muestran, con todo, las dos direcciones opuestas que en la interpretación jurídica del caso se podía adoptar. Por un lado, la más rígida o conservadora del Gobierno español, con la intención de impedir que el proyecto vasco de consulta popular pudiera seguir su curso; por el otro, la más flexible o permisiva, con la intención lógica de permitir que el proyecto de consulta vasca pudiera llegar a buen puerto. Entre una y otra posición, podemos imaginar una gran cantidad de matices a medio camino una de la otra. Son, de hecho, los matices, más o menos importantes, que se pueden encontrar en el debate académico sobre los temas de interés para el TC en este caso (la organización de referéndums de ámbito subestatal o el proceso legislativo de lectura única). Lo normal, pues, es que las opiniones de los juristas sobre todos esos temas objeto de examen por parte del TC ofrezcan matices diferentes, distanciándose unos de otros más o menos. Lo cual nos está indicando ya que la inconstitucionalidad formal que el TC detecta en la ley de consultas vasca puede ser menos clara de lo que la lectura de la STC 103/2008 lo deja pensar. El TC tenía ante sí un amplio abanico de posibilidades interpretativas y, sin sorpresa, decide alinearse con la lectura del Gobierno español, la más restrictiva de todas.

Es algo que se puede apreciar en su valoración de la inconstitucionalidad competencial. El TC se pregunta primero si la consulta vasca era un referéndum. Tras entender que, por su objeto, por la voluntad requerida y por el procedimiento electoral utilizado, se trata efectivamente de un referéndum, el TC examina su encaje en los tipos constitucionales y legales oportunos: los artículos 149.1.32 y 92 CE y la LO 2/1980. A partir de ahí, la lectura que hace no tiene especial reproche. La competencia que prevé el artículo 149.1.32 CE en conexión con el 92 es claramente una competencia estatal, lo cual implica que los referéndums solo se podrán organizar si previamente se ha obtenido la autorización del Gobierno central. La lectura de la LO 2/80 reguladora de las distintas modalidades de referéndum confirma lo antedicho: la competencia estatal y la autorización del Gobierno central preceptiva (artículo 2 y siguientes, así como la disposición adicional). Ello podía llevar al TC a entender, como así lo hizo, que el Parlamento Vasco había aprobado una ley sin norma habilitante y usurpando la competencia estatal en la materia. Como se ha dicho, desde el punto de vista jurídico este razonamiento no resulta especialmente problemático. Le habría permitido al TC pronunciar la inconstitucionalidad de la ley vasca sin meterse en

el barrizal político de la inconstitucionalidad material.

Las dudas que puedan surgir respecto de la declaración de inconstitucionalidad competencial tienen que ver nuevamente con la naturaleza jurídica del referéndum consultivo. Aunque se ha de decir también que, en mi opinión, este razonamiento que voy a exponer solo tiene sentido en caso de que no hubiese una intención deliberada —como es evidente que había— de parar en seco el proyecto nacionalista vasco. Es decir, en caso de que lo que le importase al juez constitucional fuese realizar un examen meramente jurídico del asunto, haciendo abstracción de cualquier otra consideración. En ese caso, el carácter no vinculante de la consulta habría podido llevar al TC a realizar una lectura permisiva, menos literal o más flexible, como se prefiera, habida cuenta de que el referéndum proyectado no podía tener ningún efecto jurídico en el orden constitucional español. Siendo esto así, era posible seguir a los representantes vascos en su presentación de la consulta como algo diferente de los referéndums a que se refieren la Constitución y la LO 2/80, y dar así por buena su explicación sobre las competencias implícitas que se pueden derivar del principio democrático en un caso como es el de la participación directa de los ciudadanos en el debate público sobre asuntos de su incumbencia en el ámbito territorial regional, en un Estado descentralizado, por añadidura. Es algo que, además, como algunos observadores lo han comentado, ya se produce en general en materia de desarrollo normativo de materia reservada al legislador orgánico y, en particular, con los referéndums locales, sin que esto haya supuesto problema alguno hasta la fecha[96]. Tal lectura solo resultaría chocante si nos aferráramos (por la razón que sea) a una interpretación literal o rígida de las normas de referencia, poniendo así por encima de todo la defensa de la competencia estatal, que las normas españolas dejan en manos del Estado en materia referendaria en cuanto a la autorización. Aunque también es cierto que ni siquiera este escollo era insalvable, pues el TC podía perfectamente haber realizado una interpretación conforme de la ley vasca, en el sentido de entender que era constitucional en el bien entendido de que la ley regulaba una consulta referendaria de las del artículo 92 y de que el Gobierno Vasco tendría que solicitar de todas formas la autorización del Gobierno español para poder realizar la consulta proyectada. Es decir, que la competencia implícita podía habilitar al Parlamento Vasco a aprobar una ley sobre consultas referendarias (aunque en el texto se presentase como no referendarias) quedando la competencia estatal (autorización) del artículo 149.1.32 CE a resguardo.

Aunque a mi entender estamos ante el vicio de inconstitucionalidad más fácilmente argumentable de la ley vasca, nos equivocaríamos —insisto— si pensáramos que no cabía jurídicamente una interpretación contraria al respecto. Piénsese que, si el TC ha sido capaz de sostener que un referéndum no vinculante produce efectos jurídicos, en posición más sólida se encontraba para defender que la consulta proyectada por el Gobierno Vasco no era un referéndum (ni vinculante ni consultivo) y que por ello este podía recabar la opinión de los administrados vascos si así lo deseaba. En efecto, al no tratarse de un referéndum, no estaría violando la competencia estatal. Soy consciente de que esta interpretación se aleja de la más ortodoxa defendida por el grueso de la doctrina constitucionalista antes expuesta, pero solo la propongo en apoyo de lo que trato de hacer ver al lector: quien puede lo más puede lo menos. Si el TC ha podido atreverse a

argumentar que un referéndum no vinculante produce efectos jurídicos, mucho menos le habría constado defender que una consulta no es un referéndum, porque esto, por añadidura, a diferencia de lo primero, y por artificioso que pueda resultar, sí es posible jurídicamente hablando (tendremos ocasión de verlo más adelante).

Discutible es también la lectura que el TC hace de la inconstitucionalidad procedimental, la que menos me importará, pues se trata de un vicio que no estará presente en los debates ulteriores sobre el referéndum catalán. De nuevo en este caso puede seguirse al TC en su interpretación si se opta por una lectura literal y rígida de los preceptos normativos implicados. También sobre este punto ha de decirse que la base jurídica para la declaración de inconstitucional existe y podía ser movilizada como el TC lo hizo. ¿Cabe con todo pensar que esa era la única interpretación posible? Bastaría con ver la oscilante doctrina que el propio TC ha desarrollado sobre la vulneración que el procedimiento de lectura única de las leyes puede ocasionar en la formación de la voluntad de las cámaras legislativas y en los derechos de participación política de la oposición y de las minorías parlamentarias para darse cuenta de que, también en el supuesto que aquí nos interesa (la ley vasca de consultas), el TC habría podido optar por una interpretación más deferente hacia el legislador vasco, como en varias ocasiones así lo hizo años más tarde en casos quizás jurídicamente más controvertidos (la reforma del artículo 135 CE o la reforma de la LOTC en 2015) hacia el legislador español. Una muestra, en cualquier caso, de que también en este punto la valoración de la ley vasca hecha por el TC habría podido ser muy diferente de haberlo querido. Como se ha dicho ya, el TC deseaba desactivar dicha ley y, para ello, va a aprovechar todos los recursos, jurídicos (inconstitucionalidad competencial y procedimental) y extrajurídicos (argumentado claramente por fuera de los márgenes del derecho) que tenía a su alcance.

Estamos, en conclusión, ante la primera piedra de la jurisprudencia nacionalista del TC sobre el derecho a decidir. El perfil nacionalista (interesado y parcial) del juez constitucional se aprecia en el exceso de celo que pone en querer presentar una ley inofensiva para el orden jurídico español, sobre todo para los preceptos más importantes señalados por el TC, como algo que generaba daños y alteraciones de gran gravedad en él. No es ya solo, por lo tanto, que el TC, pudiendo elegir —como quizás debía— la opción menos lesiva para la actividad del legislador vasco, o para el derecho de los ciudadanos a la participación directa en los asuntos públicos que son de su interés e incumbencia, acabe optando por una interpretación más intervencionista y restrictiva. Esto —insisto — puede enmarcarse en la lógica de defensa del proyecto nacional español que el TC hace suya frente a lo que se considera como una amenaza (un nacionalismo independentista) a algunos de sus principios básicos. En particular, su integridad territorial. Y es que el TC lleva esa lógica nacionalista de defensa de la comunidad nacional mucho más lejos, sin dudar en sacarse de la chistera una tesis sobre los efectos jurídicos de un referéndum consultivo que no tiene la menor consistencia jurídica. En definitiva, pudiendo haber dejado que un problema político fuera resuelto entre actores políticos en la esfera política, los magistrados del TC deciden ponerse el traje de luces y saltar al ruedo político. No será la última vez que lo hagan. Y tendrán la suerte, además, de no ser (el

judicial) el único colectivo que se salga de los márgenes marcados por su ética profesional para hacer política de manera tan clara como desacomplejada, como se va a ver a continuación.

### 3.4. La irresistible inercia del nacionalismo: una tesis jurídicamente infundada respaldada por la Academia jurídica

La STC 103/2008 cierra el paso a una consulta sobre el futuro político en alguna de las CCAA de que se compone el Estado español. Si, como se verá más adelante, el razonamiento del TC sobre los aspectos formales del debate dejaba margen para que el legislador autonómico interviniera, como de hecho así lo hará el catalán o el canario, no ocurre lo mismo con la tesis material que defiende. A diferencia de la inconstitucionalidad formal de las consultas referendarias de ámbito regional afirmada por el TC, en la que sí se podrá observar una evolución en su adaptación a los nuevos casos que irán surgiendo, y sobre los que tendrá que pronunciarse, su fundamentación de la inconstitucionalidad material va a permanecer sin cambios desde 2008.

Sobre los aspectos formales de la jurisprudencia constitucional tendré ocasión de volver más adelante al hablar del proceso independentista catalán. Me interesa ahora centrarme en su tesis sobre la inconstitucionalidad material de la ley vasca. Por dos motivos principalmente. Primero, y sobre todo, porque es la más clara desde la perspectiva de un nacionalismo de alta intensidad que me interesa en este libro. Se trata de una tesis tan jurídicamente escandalosa que su aceptación por parte de la doctrina académica muestra con claridad como esta juega también un papel como parte interesada en defensa de la unidad nacional. Segundo, porque se trata de la tesis fuerte en la jurisprudencia constitucional, el punto (los vicios de inconstitucionalidad material) de "mayor trascendencia"[97] en este debate. Es asimismo la tesis que, como he dicho, inspira la lectura excesivamente restrictiva que hace el TC respecto de la participación ciudadana por medio de consulta popular o referéndum, también en lo relativo a los aspectos formales. La doctrina oscilante[98] que el TC produce desde la sentencia del Estatut en lo relativo a la competencia del legislador autonómico en materia referendaria y de consultas generará algunas críticas comprensibles entre los académicos, sin que esto parezca afectar con todo a la solidez que parece concederse en general a la tesis material de la STC 103/2008, mantenida en lo fundamental en sus sentencias posteriores, como queda dicho.

Es importante insistir en el papel que juega la Academia jurídica en este asunto. Puede pensarse que la jurisprudencia constitucional podría difícilmente mantenerse y consolidarse en el tiempo en contra del parecer muy mayoritario de los académicos que comentan las sentencias del TC. En efecto, la pregunta que podemos aquí hacernos es qué habría pasado si el grueso de la Academia jurídica española hubiese condenado, como lo hizo un pequeño sector (principalmente en la periferia territorial, Cataluña y País Vasco)[99], la tesis defendida por el TC según la cual un referéndum consultivo produce efectos jurídicos por sí solo. No podemos saberlo, obviamente, pero no es muy arriesgado suponer que una

posición mayoritariamente crítica hacia esa tesis la habría fragilizado mucho en el debate público, quizás al punto de hacerla inservible. Esto habría podido llevar al TC a reconsiderar su posición en casos ulteriores y a hacer más complicado que esa tesis material pudiese convertirse en un argumento banal en el debate público, como así acabará sucediendo. No trato de decir que si el TC no ha modificado su posición al respecto es culpa de la Academia jurídica ni que una posición crítica de esta habría cambiado las cosas, sino solo que, por una parte, la adhesión del grueso de la Academia a la jurisprudencia sentada por el TC en la materia solo podía confortarlo en la idea de estar haciendo lo único que podía y debía hacer, mientras que, por la otra, su aval científico a dicha tesis la ha banalizado en el debate público. En efecto, si un elevado número de juristas de prestigio repite una y otra vez que es cierto y meridiano lo que dice el TC en su sentencia 103/2008, a saber, que un referéndum consultivo (y la ley regional que lo disciplina) tiene efectos jurídicos y vulnera por sí solo los artículos 1.2, 2 y 168 CE, difícilmente podrá el ciudadano profano en derecho no acoger también la tesis defendida por el TC.

En lo que sigue se ofrecen solo algunos ejemplos que ilustran esta posición mayoritaria de la Academia jurídica respecto de la tesis material del TC en su sentencia 103/2008. Mi intención aquí no es ofrecer una muestra exhaustiva, ni mucho menos, de lo mucho publicado al respecto en apoyo de la tesis del TC. Este trabajo de compilación sería demasiado fastidioso y, sobre todo, innecesario para lo que trato de hacer ver aquí. Solo quiero mostrar, por medio de algunos ejemplos significativos, tanto por lo que se dice y cómo se dice, como por quién lo dice (prestigiosos académicos), que se trata de una posición que deviene rápidamente una suerte de "verdad jurídica" (presentada como valoración puramente jurídica, no política o moral) entre los estudiosos del derecho en España.

Los comentarios académicos al caso Ibarretxe no esperarán, de hecho, a la sentencia del TC sobre la ley vasca de consultas. Ya en los años previos se despliega una opinión jurídica en los medios de comunicación ampliamente compartida por los académicos, en la que se subraya el perfil antidemocrático e inconstitucional del proyecto vasco[100], algo que —puede pensarse— ayudaba a allanar el terreno en el que luego se moverá el juez constitucional. No es por lo tanto de extrañar que quien pocos años después será magistrado del órgano durante diez años, Pedro González-Trevijano, saludase con entusiasmo la decisión del TC como una "sentencia ejemplar"[101] en un artículo de prensa publicado a los pocos días de conocerse la decisión. Si la sentencia le parece globalmente "digna de elogio", la doctrina sentada por el TC concretamente sobre la cuestión material planteada en el recurso del Gobierno será calificada de "inobjetable". El artículo en este punto no hace sino transcribir diferentes extractos de la sentencia, asintiendo a cada paso de la lógica desplegada por el TC en ella, antes de concluir citando nuevamente al TC:

> La conclusión es obvia: "[…] plantea una cuestión que afecta al orden constituido y también al fundamento mismo del orden constitucional". La Constitución carece de límites materiales de revisión, es verdad, pero eso sí, ha de encauzarse con el respeto al procedimiento preestablecido. Por ello, "tratar de sortear, eludir o simplemente prescindir de sus

procedimientos sería intentar una inaceptable vía de hecho… para reformar la Constitución al margen de ella o conseguir su ineficacia práctica".

En uno de los primeros comentarios publicados en una revista especializada, el catedrático de derecho constitucional Javier Tajadura acoge también por completo la lógica defendida por el TC. Según este autor:

El efecto jurídico inmediato de la Ley impugnada no es otro que el reconocimiento o inclusión de ese presunto derecho en el ordenamiento jurídico. Y es ahí, precisamente, donde la Ley incurre en inconstitucionalidad material, puesto que con un tal reconocimiento se viola, de forma directa, (en nuestra opinión, sin intermediación del artículo 168) el artículo 1.2 de la Constitución[102].

Tras reproducir los diferentes extractos de la STC 103/2008 en que se argumenta que la ley crea un sujeto soberano nuevo (el vasco) y diferente del único previsto por la Constitución en su artículo 1.2, llevando a cabo, en la lectura ofrecida, una reforma constitucional al margen del procedimiento previsto al efecto en el artículo 168, Tajadura se deshace de la objeción planteada por los representantes vascos de que un referéndum consultivo no puede por sí solo vulnerar ningún precepto constitucional de la manera siguiente:

Aunque se aceptara (que es mucho aceptar) el argumento de los poderes públicos vascos de que la ausencia de carácter vinculante de la consulta no pone en cuestión la integridad del principio de unidad del Estado y como tal consulta no infringe el artículo 2 CE, *lo que resulta indiscutible es que la pregunta viola directamente el artículo 1 CE* (soberanía del pueblo) y ello porque lo que no tiene cabida en la Constitución es el reconocimiento de la posibilidad de que alguno de los 19 "pueblos" autonómicos reconocidos se pronuncie sobre cuestiones que afectan a la totalidad del pueblo español, y eso y no otra cosa es "el derecho a decidir"[103].

Como se puede apreciar, el simple hecho de preguntar a los administrados vascos sin efectos jurídicos vinculantes es considerado como algo que, de manera indiscutible para él, viola el artículo 1.2 CE. Todo lo cual lo lleva a considerar (ya en las conclusiones de su comentario) que estamos ante "una sentencia muy bien fundamentada"[104]. Un parecer que va a generalizarse de manera más directa o indirecta, explícita o implícita, en el debate académico y público, de tal suerte que incluso en aquellos constitucionalistas o administrativistas que no verán la necesidad de pronunciarse directamente sobre la vulneración material de la Constitución que produciría un referéndum consultivo de independencia se dará por buena la tesis de la inconstitucionalidad material manifiesta del derecho a decidir en las críticas dirigidas a este. Son muchos los que, inmediatamente después de la sentencia o más tarde, a lo largo del proceso independentista catalán ulterior, defenderán explícita e incondicionalmente esa tesis material del TC (Tajadura, Aragón, Solozábal, Blanco Valdés, etc.). Puede citarse, por lo significativo que es el caso, al tratarse de uno de los más brillantes y prestigiosos filósofos del derecho en España, a Manuel Atienza[105]. En un comentario reciente de la conocida tesis defendida por Josep M. Vilajosana sobre el "derecho a decidir"[106], Atienza retoma la argumentación del TC en su sentencia 103/2008 (que cita y avala explícitamente):

Las dudas se refieren entonces a si es posible convocar un referéndum sobre una de esas decisiones políticas de especial trascendencia (como lo sería la secesión de un territorio) sin consultar a todos los ciudadanos, a todos los españoles, sino únicamente a una parte de ellos, en este caso, a los catalanes.

A mí me parece que no, que no es posible ese referéndum consultivo y que el Tribunal Constitucional español tiene razón al haberse pronunciado así en dos sentencias recientes (103/2008, de 11 de septiembre y 42/2014, de 25 de marzo). Y no solo porque va patentemente en contra del tenor del antes mencionado artículo 92, sino *porque resultaría incoherente con la Constitución pues eso significaría, efectivamente, suplantar el proceso de reforma constitucional*[107].

Nótese que esto se afirma en un comentario crítico en el que explícitamente se dice razonar en el marco del derecho (no de la moral o de la política), de lo que implica según Atienza "tener un derecho" (en nuestro caso el derecho a decidir ya sea en su sentido débil o fuerte)[108]. Y, como puede verse, no parece que le moleste en su argumentación derivar consecuencias jurídicas de un referéndum consultivo que no puede tenerlas, al punto de que ello —dice— reformaría directamente la Constitución. ("significaría suplantar el proceso de reforma constitucional"). Y esto se afirma, por añadidura, como algo que resulta tan claro en su vulneración del orden jurídico español como evidente en su apreciación para —tal se da a entender— cualquier observador mínimamente competente en derecho.

Ha de notarse, asimismo, que la tesis material defendida por el TC no abre solo la puerta a lecturas o interpretaciones muy rígidas, como las antes citadas, o ultrarrígidas, como las de quienes consideran que ni siquiera mediante el procedimiento de reforma constitucional sería posible dar encaje al derecho a decidir en el ordenamiento español. Va a tener también un impacto en lecturas quizás menos rígidas, pero que, en el fondo, van a evitar separarse de ella en lo esencial, es decir, la consideración del referéndum consultivo como algo que jurídicamente tiene efectos (sean los que sean, mayores o menores), razón por la que, de aceptarse la negociación con los nacionalistas vascos o catalanes sobre el derecho a decidir, algo habría que reformar previamente en el orden jurídico español para así no vulnerarlo. Puede ser reformar la Constitución (en la versión más extendida entre los constitucionalistas) o puede ser reformar alguna norma infraconstitucional, como en la propuesta más flexible de Rubio Llorente de reformar previamente la LO sobre modalidades de referéndum[109], o la de Muñoz Machado de reformar al mismo tiempo la Constitución y el Estatuto de Autonomía catalán[110]. Estamos, en todas esas propuestas, ante opciones que —como saben perfectamente quienes han podido proponerlas— requieren un consenso político muy amplio, algo difícilmente alcanzable si pensamos, primero, en la capacidad de bloqueo que tiene el PP y, segundo, en que se trata de iniciativas que serían de todas formas muy probablemente censuradas por el TC (de mantenerse en la línea marcada hasta la fecha) en caso de alcanzarse un acuerdo político al respecto.

En conclusión, puede decirse que la tesis material del TC sostenida en su sentencia 103/2008 ha tenido mayoritariamente una recepción acrítica que ha asegurado su éxito en el debate especializado y, con mayor razón, en el público.

Este es el papel que ha jugado la Academia jurídica en este asunto. Del mismo modo que sus críticas pueden fragilizar las decisiones tomadas por los jueces, hacer que el ciudadano vea que están mal fundamentadas jurídicamente, la misma lógica vale en sentido contrario, cuando los académicos expertos en derecho dan su aval científico a las decisiones judiciales. Cuando, por añadidura, tampoco hay un interés general (ideológico, económico, moral, etc.), como no lo hay en este caso, en hacer una lectura amable o comprensiva de las demandas soberanistas de los nacionalismos periféricos, dichas decisiones se acaban convirtiendo en verdades jurídicas incontrovertibles.

## 3.5. Algunas conclusiones

El primer intento por parte del nacionalismo periférico de organizar un referéndum consultivo sobre la independencia es bloqueado por el Estado español. Tanto el Gobierno, que interpone un recurso de inconstitucionalidad, como el TC, que lo resuelve, se oponen a la pretensión del nacionalismo vasco. Y dejan el debate cerrado, puede decirse, sin que parezca haber posibilidad de abrir el cerrojo que el TC se encarga de echar en 2008. Como lo veremos en el capítulo siguiente, en realidad, el debate queda abierto en lo tocante a sus aspectos formales. Y por esa rendija tratará de colarse el nacionalismo catalán, adaptándose a lo explicado por el TC en la sentencia 103/2008. Por una parte, que la competencia para regular referéndums podía ser de una comunidad autónoma siempre y cuando se mencionara explícitamente en su Estatuto de Autonomía, no siendo posible considerar dicha competencia como implícita ("solo pueden convocarse y celebrarse los referendos que expresamente estén previstos en las normas del Estado, incluidos los Estatutos de Autonomía, de conformidad con la Constitución" [FJ 3]). Por la otra, que la competencia estatal exclusiva a la que se refiere el artículo 149.1.32 CE se refiere a la autorización y no a la entera regulación del referéndum ("la Constitución atribuye al Estado como competencia exclusiva la 'autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum' [artículo 149.1.32 CE]" [FJ 3]). Razón por la que se podía entender de nuevo que las CCAA tenían competencia para regular el instrumento referendario. Son los matices con los que, como veremos, trabajará el legislador catalán.

Ahora bien, el argumento material utilizado por el TC en la sentencia 103/2008 sí supone una suerte de punto final al debate constitucional al respecto, como se confirmará durante los años del proceso independentista catalán. En realidad, si nos paramos un instante a pensarlo, la tesis expuesta en esa sentencia es tan absurda que, si nos la tomáramos en serio, tendríamos que entender que el artículo 92 CE, que prevé precisamente la posibilidad de organizar un referéndum consultivo sobre cuestiones políticamente trascendentales, es inservible en la práctica (afectado por una suerte de inconstitucionalidad material), pues afirma algo que, con esa jurisprudencia del TC en la mano (y según la lógica jurídica dominante), la Constitución no permite. Una auténtica contradicción, en definitiva. En efecto, si, como lo entiende el TC, fuera del procedimiento de

revisión constitucional previsto en los artículos 167 y 168 no se puede preguntar en referéndum sobre cuestiones que el Poder Constituyente ha dejado resueltas en la Constitución, y si podemos lógicamente pensar que todo lo que la Constitución contiene, desde su primer artículo al último, es una manera de dejar resueltas aquellas cuestiones sobre las que se expresa, entonces deberíamos llegar a la conclusión —entiendo que la única coherente con lo que se afirma en la STC 103/2008— de que no se puede organizar ningún referéndum sobre nada de lo dispuesto en la Constitución fuera del procedimiento de reforma constitucional. Lo cual vendría a hacer inservible (por inconstitucional) el artículo 92 CE en la práctica. Y es que, ya no es solo que no se pueda preguntar por el futuro político de una comunidad autónoma o por la independencia. Por no poder preguntar, no se podría preguntar ni sobre la monarquía ni sobre el Estado de las autonomías ni sobre ninguna otra cosa a que se refiera el texto constitucional, al ser cuestiones resueltas por el Poder Constituyente. Es más, retrospectivamente, cabría incluso preguntarse si los dos únicos referéndums consultivos celebrados en España (sobre la OTAN y la Constitución europea) fueron constitucionales. O, mejor dicho, cabría preguntarse cómo podían serlo utilizando la lógica expuesta por el TC en la sentencia 103/2008.

El carácter absurdo del razonamiento que se acaba de derivar lógicamente de la tesis material del TC no ha de llevar al lector a pensar (o a temer) que el referéndum consultivo del artículo 92 no pueda ser ya utilizado para preguntar sobre cuestiones políticas trascendentales. Sirve solo para mostrar lo absurdo que es el razonamiento expuesto por el TC en este caso concreto. En realidad, del mismo modo que pudo organizarse un referéndum consultivo para saber si el pueblo español aceptaba entrar en un nuevo marco jurídico europeo (algo que, sin duda, genera a medio o largo plazo un mayor peligro para la soberanía del pueblo español que la eventual secesión de una parte de su territorio), también se podría organizar un referéndum sobre la monarquía, sobre la forma de Estado o sobre cualquier otra cuestión importante, siempre y cuando, es claro, exista una voluntad política sólida y amplia para hacerlo. Lo cual podemos imaginar que podría algún día pasar con la monarquía o con la forma de Estado (pongamos por caso), pero seguramente no con la independencia del País Vasco o de Cataluña. Pretender que haya que echar mano del procedimiento de reforma constitucional, sobre todo si hablamos del agravado del 168, que es el que aquí nos interesa, para pulsar el sentir mayoritario del pueblo en un determinado asunto de especial trascendencia no solo es algo absurdamente rígido que obliga a activar un procedimiento particularmente complejo y difícil, sin la menor garantía sobre su resultado, sino que además, como ya se ha dicho, hace que el artículo 92 CE deje de tener sentido y deba considerarse inservible por inconstitucional.

Pues bien, esta es la sorprendente tesis defendida por el constitucionalismo español en apoyo incondicional al TC. Quien quiera preguntar en referéndum consultivo, que active, si puede, el procedimiento de reforma constitucional. El hecho de que la Academia jurídica haya acogido, en muchos casos con entusiasmo, tan disparatada tesis muestra a la perfección el funcionamiento de la pinza jurídica nacionalista: lo importante —parece sugerirse— cuando uno se enfrenta a un nacionalismo rival no es argumentar bien o mal en derecho, de manera más o menos ortodoxa o lógica, sino obtener el resultado que se desea. Y

si para ello es necesario retorcer el derecho hasta abrazar una tesis que jurídicamente no tiene el menor fundamento, se hace sin problema. Y se hace, además —nótese bien— con la seguridad de saber que 1) el Estado tiene el monopolio de la interpretación jurídica, de tal suerte que puede hacerle decir a su derecho lo que desee, y 2) la Academia jurídica dará apoyo intelectual a las tesis del intérprete auténtico (cualquiera de sus órganos de aplicación del derecho, puede ser el Gobierno o sus jueces de última instancia, el TC o el TS), por disparatadas que sean. Ni que decir tiene que ese movimiento espontáneo y convergente en defensa de la nación será emulado en los medios de comunicación, el mundo de la cultura, las opiniones vertidas por los intelectuales, etc. El nacionalismo jurídico se refleja así, como creo se ha mostrado con claridad en este capítulo sobre el antecedente vasco, en un uso políticamente interesado del derecho propio, de cuya interpretación es dueño y señor.

Capítulo 4

# El desarrollo de la doctrina sobre el derecho a decidir durante el proceso independentista catalán

## 4.1. Introducción

El inicio del proceso independentista en el mes de septiembre de 2012 abre un nuevo capítulo en el desarrollo de la doctrina nacionalista española sobre el derecho a decidir. Esta vez será en Cataluña.

Hay un consenso relativamente amplio entre los académicos sobre el hecho que motiva el giro del nacionalismo catalán hacia el independentismo. Hablamos de un periodo que se prolonga en realidad desde la preparación y posterior aprobación de la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, en los años 2005-2006, hasta la sentencia del TC 31/2010, que resuelve los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra el Estatuto catalán reformado. Sin ese proceso —frustrado para el nacionalismo catalán— de reforma estatutaria resulta imposible entender cómo un nacionalismo catalán hasta entonces autonomista y federalista, relativamente bien integrado (a pesar de todo) en el sistema español, ha podido ver cómo el independentismo en su seno pasaba del 12 o 13% que le concedían los sondeos de opinión en los años previos a la reforma estatutaria al más de 40% que va a conseguir aglutinar a partir de 2012.

Es cierto que, por medio, ha habido también una grave crisis económica que ha afectado al partido que la ha tenido que gestionar al frente del Gobierno en Cataluña, aplicando políticas de austeridad impopulares. Y es cierto también que, desde la distancia, la lectura que insiste en el oportunismo de los dirigentes nacionalistas catalanes a la hora de subirse al tren del independentismo para hacer olvidar sus políticas de recortes o sus problemas con la corrupción (en el caso de CiU) pueden ser tentadoras. Ahora bien, sin negar que esas y otras cuestiones, quizás de menor entidad, hayan tenido alguna importancia en el proceso de maduración del proceso independentista catalán, lo que desde luego no puede negarse es que el factor principal es la gran frustración generada en las filas del catalanismo político (más allá incluso del nacionalismo catalán) por el fracaso del largo proceso de reforma estatutaria. En efecto, por muy dura que fuese la crisis económica, que lo fue, y por muchas razones que tuviesen los gobernantes catalanes para querer hacer olvidar o perdonar su mala gestión pública, un proceso independentista no habría podido iniciarse en 2012 si la

reforma estatutaria hubiese dejado no digo ya colmadas, sino mínimamente satisfechas las expectativas de mejora de la autonomía del conjunto del catalanismo político (incluyendo en este al sector meramente regionalista dominante en el PSC, fundamentalmente). Con un Estatuto de Autonomía reformado al gusto del nacionalismo catalán quedaba este satisfecho durante al menos una generación. El proyecto independentista habría resultado impensable en esas condiciones.

Es por eso por lo que necesariamente tenemos que interesarnos por la mencionada sentencia del TC. Por una parte, porque ella es la que condensa toda la frustración que puede explicar el aumento del independentismo en tan poco tiempo. Y es que la STC 31/2010 viene a fijar jurídicamente unos límites al autogobierno y al reconocimiento del pluralismo nacional que, en el fondo, bien podían entenderse como el cierre definitivo de la vía progresiva hacia el federalismo que parecía caracterizar al sistema autonómico español (por su apertura) desde que echó a andar en 1978. Así lo entendía, de hecho, el editorial conjunto "La dignidad de Cataluña", firmado por 12 periódicos catalanes el 26 de noviembre de 2009, en vísperas de la sentencia del TC y con un tono amenazante que acabará cobrando sentido apenas dos años más tarde ("Si es necesario, la solidaridad catalana volverá a articular la legítima respuesta de una sociedad responsable")[111]. En ese editorial se decía, entre otras cosas, que "podría estar madurando una maniobra para transformar la sentencia sobre el Estatut en un verdadero cerrojazo institucional. Un enroque contrario a la virtud máxima de la Constitución, que no es otra que su carácter abierto e integrador"[112]. Una vez perdida la fe en la capacidad del sistema español para seguir avanzando hacia fórmulas federalizantes o de mejor autogobierno, el independentismo podía ser ya la última carta —o utopía disponible— que les quedaba a los nacionalistas catalanes, hasta entonces partidarios del federalismo. Pero nos ha de interesar también la STC 31/2010, y quizás sobre todo en estas líneas, porque contiene el primer desarrollo jurisprudencial posterior a la STC 103/2008 en materia de organización de referéndums a nivel regional. Centrémonos, pues, brevemente en esta importante sentencia antes de pasar al proceso independentista en sí y de analizar el desarrollo que el TC le da a su jurisprudencia sobre el derecho a decidir entre 2012 y 2015, principalmente.

### 4.2. La STC 31/2010

La sentencia del Estatut fija un antes y un después en las relaciones entre el nacionalismo catalán y el español. También, como ya se ha dicho, en el proceso de evolución del propio sistema descentralizado español. El TC anula 14 artículos del Estatuto reformado e interpreta de manera restrictiva otros 27, en lo que puede considerarse como una desactivación de las reformas más importantes para el catalanismo político, las relativas al reconocimiento nacional y a sus símbolos, al blindaje de las competencias asumidas, a la justicia y a la financiación. Aunque una parte de la doctrina española haya querido relativizar la censura que lleva a cabo el TC de la reforma (por el porcentaje poco elevado de artículos

censurados e interpretados) y a pesar de que haya, es claro, quien la hubiera querido mayor aún (basta con leer los cuatro votos disidentes de los magistrados conservadores), lo cierto es que el TC interviene de una manera poco deferente hacia el legislador catalán, como de inmediato se verá con el ejemplo de las consultas populares referendarias. Es por ello normal que el fallo haya tenido en Cataluña la hostil acogida que tuvo.

Ha de notarse asimismo que la repercusión que la sentencia tiene en el catalanismo en su conjunto, más allá por lo tanto de los círculos nacionalistas propiamente hablando, es determinante en el giro hacia el proceso independentista. Muy revelador del enfado y la decepción con la que se recibe la sentencia es la reacción en el entorno del PSC, que como se sabe no apoyará a sus aliados del periodo 2005-2010 cuando estos decidan abrir el proceso independentista de la mano de CiU en 2012. El presidente de la Generalitat, José Montilla, socialista a la sazón, encabezará de manera muy significativa la manifestación del 10 de julio de 2010 contra la sentencia y cargará contra un TC ilegítimo, en su opinión. Muy significativo también es que un constitucionalista tan comedido como Xavier Arbós, poco sospechoso de simpatías hacia el independentismo, se expresara como lo hace en el que es probablemente el primer estudio colectivo de la STC 31/2010, subrayando la gran deterioración de la legitimidad del TC que conoció del asunto: "El principal problema de la sentencia deriva del Tribunal que la ha dictado"[113].

Ha de recordarse, en efecto, que en los años que van de la aprobación de la reforma estatutaria al fallo del TC, este se ve envuelto en una serie de intrigas entre populares y socialistas para tratar de asegurarse una mayoría con la que salvar (PSOE) o tumbar (PP) la reforma[114]. Tras varios intentos de recusación, uno exitoso, el del magistrado progresista Pérez Tremps, además de un bloqueo en la renovación que afecta a más de la mitad de sus magistrados, el TC que acaba pronunciándose sobre la reforma lo hace con una autoridad y legitimidad muy dañadas. Importa tenerlo en cuenta sobre todo atendiendo a lo que he dicho en las páginas precedentes sobre la capacidad mayor o menor de la justicia para resolver los problemas que se presentan ante ella asumiendo el papel de árbitro imparcial que en principio ha de ser el suyo. Las intrigas que rodean la actividad del TC en el momento de la sentencia del Estatut muestran con claridad la importancia de un problema que, lejos de resolverse, va a agravarse en los años del proceso independentista, durante los cuales socialistas y populares, a diferencia de lo ocurrido con la reforma estatutaria, se encontrarán remando en la misma dirección.

Puedo ya centrarme en lo que me interesa de la sentencia en este capítulo, es decir, su argumentación sobre las consultas referendarias. Ha de recordarse que la STC 103/2008 dejaba la puerta abierta al legislador autonómico, o tal podía pensarse en todo caso, para que este regulara la materia referendaria en sede estatutaria. Uno de los reproches que el TC le había hecho al legislador vasco fue que su regulación de la materia referendaria no encontraba ninguna base competencial en el Estatuto de Autonomía vasco que la amparase. Esto podía hacer pensar que se trataba de una materia que el legislador autonómico podía asumir en su Estatuto de Autonomía por medio de una reforma del mismo. Tal es lo que se había entendido ya en Cataluña, en donde se introdujo un

artículo, el 122, sobre "Consultas populares" en el que se atribuía a la Generalitat:

La competencia exclusiva para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la propia Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con excepción de lo previsto en el artículo 149.1.32 de la Constitución.

Aunque el artículo citado no fuese especialmente claro sobre la competencia asumida ni explicitase si el instrumento del referéndum quedaba cubierto por él, la referencia general a las consultas populares ("cualquier otro instrumento de consulta popular") y la más concreta al artículo 149.1.32 de la Constitución (que se refiere a la autorización para la convocatoria de referéndums) permitían entender que el artículo referido podía servir de base competencial para una posterior regulación de la materia referendaria en Cataluña, "con excepción de lo previsto en el artículo 149.1.32 de la Constitución". Es decir, que el legislador catalán podía regular el instrumento referendario quedando solo fuera de su competencia la autorización preceptiva del Estado central prevista en el artículo 149.1.32 CE. Esta es seguramente la interpretación (la más generosa o "amplia", como lo apunta Castellà)[115] que tenía lógicamente la preferencia del legislador catalán.

El TC va a entender en cambio todo lo contrario. Son solo cuatro párrafos (la parquedad de su argumentación en toda la sentencia ha sido ya señalada en los primeros comentarios)[116] en los que los magistrados precisando, pero también alejándose de lo que habían explicado al respecto dos años antes, en la sentencia 103/2008, ponen el instrumento referendario fuera del alcance del legislador autonómico. En efecto, el TC salva el precepto "en el bien entendido de que en la expresión 'cualquier otro instrumento de consulta popular' no se comprende el referéndum"[117]. El TC considera que la excepción del artículo 122 EAC "no puede limitarse a la autorización estatal para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum, sino que ha de extenderse a la entera disciplina de esa institución, esto es, a su establecimiento y regulación"[118], recuperando un argumento utilizado en la STC 103/2008 (la existencia de una ley estatal reguladora del referéndum, la única contemplable —entiende ahora el TC— habida cuenta de la reserva material de ley orgánica del artículo 81 CE en lo que hace al desarrollo legislativo de los derechos fundamentales, como lo es el de participación política del artículo 23.1 CE), pero en este caso para excluir de manera categórica la posibilidad de que una comunidad autónoma pueda asumir competencias de desarrollo legislativo sobre el instrumento referendario.

La argumentación sorprende por dos motivos. El primero es que, desde un punto de vista formal o competencial, el razonamiento parece inconsistente desde el momento en que, como se sabe en derecho español, la reserva de ley orgánica que hace el artículo 81 CE no ha impedido que legislador autonómico intervenga para regular materias en principio reservadas al legislador orgánico. Es lo que ha podido pasar en materia electoral, en la que la existencia de una ley orgánica estatal no ha impedido la aprobación de leyes autonómicas electorales o,

nuevamente en lo relativo al desarrollo de derechos fundamentales, respecto de la regulación del Defensor del Pueblo, materia en la que la convivencia de una normativa estatal y otra regional tampoco ha generado problema alguno. Puede pensarse pues, por analogía, que el TC habría debido salvar la competencia autonómica del legislador catalán en materia referendaria. Tratándose de referéndums regionales, sobre la base de competencias y sobre asuntos regionales, a los que la ley orgánica sobre modalidades de referéndum no tenía necesariamente vocación de aplicarse (o solo en defecto de norma especial), lo más lógico y coherente habría sido no interpretar de manera tan restrictiva el artículo 122 EAC, haciendo valer así la presunción de constitucionalidad que asiste a las leyes.

No había, por lo demás, razón alguna para intervenir como lo hizo al respecto, pues —sería el segundo motivo— tanto desde el punto de vista formal (competencial) como sobre todo material, nada debía temer el Estado español de una competencia como la referida entre las manos de los poderes públicos catalanes. En efecto, desde el punto de vista formal, le basta al Estado la competencia exclusiva que el artículo 149.1.32 CE le da para la autorización de referéndums para paralizar cualquier consulta referendaria que no desee que se celebre. Lo cual implica dejar en sus manos una decisión política, siempre discrecional, que en nada afectaría al buen hacer del legislador autonómico en la materia. Pero resulta más claro aún, si cabe, que nada había que temer de la regulación autonómica del instrumento referendario si reflexionamos desde el punto de vista material. La sentencia 103/2008 había dejado muy claro que no se podía utilizar el instrumento referendario para preguntar sobre puntos que el Poder Constituyente había dejado zanjados en la Constitución y que solo mediante el procedimiento de reforma constitucional era contemplable la utilización del referéndum al respecto. Cuesta por ello entender, nuevamente, lo que el TC temía que se hiciera con el referéndum de haber podido ser desarrollado legislativamente por el Parlamento catalán. El referéndum de independencia que está permanentemente como telón de fondo en los debates y en la reflexión del TC sobre nuestro asunto no habría sido más compatible con el orden jurídico español (si se atiende a la jurisprudencia del TC) de haber realizado el TC una lectura del artículo 122 EAC deferente hacia el legislador catalán. Un referéndum de ese tipo habría podido (y podrá) ser paralizado tanto por el Congreso de los Diputados como por el TC. Así las cosas, puede ser difícil entender el exceso de celo intervencionista del TC al respecto. Solo en el marco del conflicto nacionalista parece cobrar sentido.

### 4.3. El proceso independentista catalán

La sentencia del Estatut crea la tormenta política perfecta para que el nacionalismo catalán vire hacia lo que se va a conocer como el derecho a decidir. Conviene recordar que hay ya un movimiento social en los años de la reforma estatutaria, en torno a la Plataforma por el Derecho a Decidir, que va a conseguir tejer complicidades con partidos políticos, particularmente a nivel municipal. La

primera gran manifestación por el derecho a decidir llega precisamente en el momento de la reforma estatutaria, durante el debate del texto de la reforma en el Congreso de los Diputados, en febrero de 2006. Tres años más tarde, el 13 de septiembre de 2009, se celebra en Arenys del Munt la que será la primera de una serie de consultas populares a nivel municipal (que se prolongan hasta abril de 2011) sobre la independencia de Cataluña. Estamos aún en 2009, razón por la que no puede encontrarse relación entre ese movimiento independentista, que va tejiendo poco a poco su red asociativa, y la STC 31/2010. Son años largos y de gran crispación los de preparación, aprobación y examen de la constitucionalidad del Estatuto reformado, durante los cuales el derecho a decidir está por lo tanto en incubación y va ganando adeptos. Naturalmente, el enfado y decepción provocado por el fallo del TC en 2010 va a facilitar la convergencia del catalanismo político hacia el derecho a decidir y, de alguna forma, hacia el independentismo. Como ya se ha dicho, muy representativo de esta evolución en el catalanismo político, más quizás que el giro que se produce en CiU, es el paso de líderes socialistas, Ernest Maragall, por ejemplo, así como militantes e intelectuales de la órbita del PSC a ERC. Y no menos significativo lo es la posición del PSC, que asumirá el derecho a decidir como algo normal en democracia (Miquel Iceta dirá en un acto público en 2012 que "se debe poder hacer un referéndum sobre la independencia, de hecho, en las democracias avanzadas se hace") hasta que el *procés* lo obligue a fijar posición independentista o unionista a partir de 2013.

Cuando se produce, por lo tanto, el giro sorpresivo de CiU hacia el independentismo a finales de 2012, después de la negativa del presidente Rajoy a un pacto fiscal del tipo del vasco o navarro para Cataluña, como el presidente Artur Mas se lo pidiera en septiembre de 2012, la impresión que puede tenerse es que las bases del nacionalismo catalán (red de asociaciones, militantes, intelectuales) llegan ya bastantes concienciadas, rodadas, con un importante trabajo realizado sobre el derecho a decidir[119] y el referéndum de independencia, a diferencia quizás de los partidos políticos, que van a parecer ir a remolque de esa mayoría social nacionalista catalana en numerosas ocasiones[120]. Sea como fuere, el otoño de 2012 abre un intenso periodo de cinco años, hasta el otoño de 2017, durante el cual el nacionalismo catalán va a tratar de organizar un referéndum de independencia. Pueden distinguirse con claridad dos fases distintas, la primera, en la que el nacionalismo catalán intenta obtener del Estado español el visto bueno para la organización de dicho referéndum, y una segunda, durante la cual el nacionalismo catalán explorará la vía unilateral ante la negativa del Estado a permitir o facilitar la organización de una consulta sobre la independencia. Veamos muy brevemente cada una de esas fases.

#### 4.3.1. El derecho a decidir o la procura de un referéndum pactado (2012-2014)

La primera fase del *procés* se extiende desde septiembre de 2012 a finales de 2014. Son dos años durante los cuales los partidos nacionalistas catalanes van a tratar de impulsar un referéndum sobre el futuro político de Cataluña pactado con el Estado, o al menos tolerado por este.

Tras la negativa del presidente Rajoy a conceder un pacto fiscal a Cataluña en septiembre de 2012, el presidente Mas decide anticipar las elecciones, que se celebrarán el 25 de noviembre de ese mismo año. El resultado será favorable a los partidos que apoyaban el derecho a decidir (87 escaños de los 135 del Parlamento catalán). De esas elecciones con victoria del nacionalismo catalán saldrá un pacto entre CiU y ERC por medio del cual Artur Mas conseguirá mantenerse al frente del Gobierno y ambas formaciones se comprometerán a organizar un referéndum sobre el futuro político de Cataluña en 2014. La investidura de Artur Mas será seguida, en el mes de enero de 2013, de la muy significativa Resolución 5/X del parlamento catalán, la "Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña", aprobada con los votos de CiU, ERC y ICV-EUiA (84). En ella se expresa que: "De acuerdo con la voluntad mayoritaria expresada democráticamente por el pueblo de Cataluña, el Parlamento de Cataluña acuerda iniciar el proceso para hacer efectivo el ejercicio del derecho a decidir para que los ciudadanos y las ciudadanas de Cataluña puedan decidir su futuro político colectivo"[121]. La afirmación del pueblo catalán como sujeto político y jurídico soberano va acompañado de toda una serie de argumentos destinados a convencer sobre la buena disposición del nacionalismo catalán hacia el diálogo constructivo con el Estado y, de ese modo, poder organizar una consulta con plenas garantías democráticas y legales.

De las dificultades para hacer prosperar la vía del diálogo con el Estado español me ocuparé luego. Importa ahora centrarse en los desacuerdos que en el seno de la mayoría favorable al derecho a decidir van a surgir prácticamente desde el inicio, dificultando el avance de la agenda independentista. En buena parte porque, como se ha dicho, las fuerzas favorables al derecho a decidir se lanzan de manera un poco precipitada a abrazar un concepto cuya principal virtud no era desde luego la claridad. A diferencia del derecho de autodeterminación, que no deja duda alguna sobre aquello sobre lo que se pregunta en el referéndum (la independencia), el derecho a decidir aparece como un concepto más ambiguo, capaz ciertamente de ampliar el apoyo social, pero con la desventaja de generar una mayor confusión: ¿derecho a decidir qué exactamente?[122]. Como ya se ha dicho, el hecho de que tanto el PSC, inicialmente, como ICV en esa primera fase del *procés*, dos partidos políticos que no son independentistas, apoyaran el derecho a decidir es muy revelador al respecto. Pero ha de notarse que con el derecho a decidir no se buscaba únicamente edulcorar el proyecto y discurso independentista para hacerlo así más fácilmente asumible por el grueso del catalanismo político. Ello habría necesitado que en los años previos al *procés* hubiese ya en el nacionalismo catalán una tendencia independentista mayoritaria capaz de tejer una estrategia de ese tipo, lo que parece bastante lejos de haber sido el caso. En realidad, hay en el nacionalismo subestatal una intención deliberada de introducir el concepto ("una innovación socio-político-jurídica", ha dicho Ibarretxe)[123] en el debate público buscando un encaje en el orden constitucional español que se sabía imposible de haber optado por el más claro y contundente derecho de autodeterminación. Se refiere a ello Juan José Ibarretxe, afirmando que el derecho a decidir era un concepto interesante por su capacidad para eludir el marco colonial en el que se encuentra legitimada la autodeterminación en derecho internacional[124]. Un marco colonial que,

evidentemente, ni en el País Vasco ni en Cataluña podía alegarse en favor de la independencia de manera mínimamente razonable.

Ha de notarse también que nacionalistas vascos y catalanes habían seguido con mucha atención todo lo acontecido con el movimiento independentista quebequense en Canadá, y sacado lecciones valiosas sobre todo del dictamen que el Tribunal Supremo canadiense pronuncia sobre la eventual secesión unilateral de Quebec en 1998, tres años más tarde del segundo referéndum de independencia perdido (por muy poco este) por los independentistas. En ese dictamen, hoy reconocido como la más elaborada aportación jurisprudencial al tema que nos ocupa, el TS descarta la aplicación del derecho internacional al caso de Quebec y, por lo tanto, la existencia de un derecho de secesión en el sentido del derecho internacional, al no tratarse de un caso colonial. Lo que valía para Quebec valía también, lógicamente, para el País Vasco y Cataluña. Ahora bien, esta suerte de abandono voluntario del derecho de autodeterminación por parte de nacionalistas vascos (primero) y catalanes (después) se hacía de la mano del TS canadiense de manera tanto más serena y confiada cuanto que el referido dictamen desarrollaba toda una línea argumentativa de derecho constitucional que desembocaba en el reconocimiento de la existencia de un derecho (moral, no positivo) que tendría un movimiento independentista mayoritario y que hubiese obtenido una respuesta clara a una pregunta clara sobre la independencia en un referéndum de encontrar en el Estado (canadiense) un interlocutor de buena fe para buscar una salida negociada al conflicto. Es decir, tanto el referéndum de independencia como la secesión negociada con el Estado tenían encaje en el orden jurídico canadiense, según el TS. Un encaje que las partes en el conflicto tenían que encontrar, pues tal es el deber democrático que el TS canadiense considera que tendrían en dicho caso[125].

Puede entenderse, pues, sin dificultad el gran interés que el dictamen del TS canadiense podía tener para el nacionalismo vasco y catalán: permitía aspirar a obtener el mismo resultado (la independencia) pero llevando el debate sobre el derecho de autodeterminación al marco del derecho constitucional. No en vano no han sido pocos quienes han entendido la apuesta por el derecho a decidir como una operación de *marketing* político más bien cosmética para hablar del derecho a la determinación sin necesidad de mentarlo[126]. Sea como fuere, el concepto seduce muy ampliamente en el seno del catalanismo político. Si unos aprecian sus evidentes connotaciones autodeterministas (acordar un referéndum en el que pronunciarse sobre la independencia), otros se sienten cómodos con él a tenor de su potencial o espíritu federalista (acordar con el Estado una reforma federal)[127]. No son pocos, en efecto, los federalistas catalanes de los años 1990-2000 que pasarán a sumarse al derecho a decidir, algunos sin adherirse al independentismo; otros, en cambio, sí[128].

Las virtudes movilizadoras del concepto de derecho a decidir, capaces de generar un gran movimiento de unidad social y política en torno a una idea, tendrán sin embargo que lidiar permanentemente con su principal defecto, a saber, su ambigüedad. Esta creará rápidamente divergencias en el seno de la mayoría social y política lograda en torno a la agenda política y su definición. Como se ha dicho, el acuerdo entre las diferentes fuerzas que defendían el derecho a decidir, lideradas desde el Gobierno por Artur Mas, preveía la

organización de un referéndum sobre el futuro político de Cataluña. Tenían por lo tanto que ponerse de acuerdo sobre la pregunta del referéndum, sobre aquello que se iba a someter a consulta a los catalanes. La imposibilidad constatada entre los diferentes partidos políticos favorables al derecho a decidir de encontrar espontáneamente una pregunta que dejara a todos plenamente satisfechos llevará a una fórmula de compromiso entre los independentistas y los federalistas. Esta consistirá en una doble pregunta: "¿Quiere que Cataluña sea un Estado? En caso afirmativo, ¿quiere que este Estado sea independiente?". De las más de 2.300.000 personas que participaron en la consulta el 9 de noviembre de 2014, un 80% respondió sí a las dos preguntas; un 10%, sí a la primera y no a la segunda, y finalmente un 10% respondió no a la primera. No es sencillo ni quizás prudente extraer conclusiones de los resultados de esta consulta, pues, por un lado, fue declarada inconstitucional, como veremos luego, y, por el otro, la inexistencia de eficacia jurídica de esta actuaba sin duda favoreciendo un doble sí a la pregunta que se sabía que, en la práctica, no tendría consecuencias. Es por lo tanto difícil saber cuánto hay de reacción de protesta frente al Estado español que impidió que la consulta pudiese celebrarse con plena legalidad y normalidad democrática y cuánto de expresión verdaderamente independentista. Sea como fuere, esta primera consulta muestra con claridad los problemas prácticos a los que tendrá que enfrentarse en el seno mismo del bloque del derecho a decidir ese exitoso concepto en la búsqueda de un referéndum de independencia pactado con el Estado.

La mencionada consulta del 9 de noviembre de 2014 viene precedida de dos momentos importantes para lo que me interesará después al centrarme en la reacción del nacionalismo español. El primero de ellos es la petición que el Parlamento catalán hace al Congreso de los Diputados en enero de 2014 de cederle su competencia en materia referendaria para poder así organizar el referéndum proyectado. La mayoría política favorable a este que se obtiene en el Parlamento catalán (87 votos a favor y 43 en contra) va a chocar con una mayoría mucho más amplia aún contraria a la petición catalana en el Congreso de los Diputados. El 8 de abril de 2014 son 299 los diputados que votan contra la cesión de la competencia pedida, contra 43 que votan favorablemente. El segundo momento importante, una vez descartada la opción del referéndum pactado con el Estado por medio de la cesión de su competencia en materia referendaria, es la aprobación de una ley de consultas catalana destinada a servir de base jurídica a la consulta proyectada para el 9 de noviembre de 2014. La ley es aprobada en septiembre de 2014. Lo que se busca claramente con este movimiento es ver si el Estado español acepta o tolera la acción impulsada por el Gobierno catalán en aras de consultar a los catalanes sobre su futuro político. A falta de obtener un referéndum pactado, el nacionalismo catalán trata de organizar uno que sea al menos tolerado. Como telón de fondo está siempre, es claro, la legitimidad de la consulta y de sus resultados, pues un referéndum de autodeterminación cuya legalidad y legitimidad es denunciada por el Estado tendrá serias dificultades para movilizar ampliamente, como suele hacerlo en condiciones normales. Es algo que se puede apreciar en la mencionada consulta del 9 de noviembre de 2014, masivamente boicoteada por el unionismo en Cataluña, como más tarde pasará de nuevo con la consulta del 1 de octubre de 2017.

La imposibilidad constatada por el Gobierno catalán de organizar un referéndum con la ayuda del Estado, o al menos tolerado por este, lleva al bloque favorable al derecho a decidir a un punto de inflexión, en el que la unidad interna frágil mantenida hasta entonces entre independentistas y unionistas se quebrará. El nacionalismo catalán entra a partir de entonces (finales del 2014) en una fase diferente, en la que tratará de obtener sus objetivos mediante la confrontación con el Estado y en un marco discursivo en el que el derecho a decidir (mediante un referéndum pactado o tolerado) deja de tener sentido y pierde protagonismo en el debate. Es entonces cuando el catalanismo unionista (sectores más catalanistas del PSC, todo el entorno de ICV, luego Comuns) retira su apoyo al *procés*, en el que quedan solo los partidos declarados partidarios de la independencia: Junts, el partido de Mas que sustituye a CiU tras la salida de la Unió de Durán i Lleida, ERC y las CUP.

### 4.3.2. La vía unilateral (2015-2017)

El fracaso del nacionalismo catalán en su primera consulta (fracaso en el sentido de que no alcanza el objetivo perseguido: un referéndum pactado o al menos tolerado) lo lleva a replantearse su estrategia. Es entonces cuando emerge la idea de unas elecciones plebiscitarias que se presentan y quieren utilizarse como un sustituto del referéndum. Como este no es posible, se pretende que unas elecciones autonómicas exclusivamente enfocadas hacia un sí o un no a la independencia, en función de que se vote a partidos independentistas o unionistas, permitiría conocer la voluntad de los catalanes sobre el futuro político de Cataluña. Las elecciones se fijan para el 27 de septiembre de 2015. La CDC de Mas y la ERC de Junqueras (junto con las dos asociaciones independentistas más importantes, Òmnium y la ANC) firman un pacto sobre la manera de proceder en caso de que las fuerzas independentistas ganen las elecciones: en un plazo de 18 de meses se declararía la independencia. A las elecciones irán juntos los dos principales partidos independentistas en una coalición de unidad denominada a la sazón Junts pel Sí.

Las elecciones dejan unos resultados favorables a los partidos independentistas (Junts pels Sí y las CUP), al contar con 72 escaños que les aseguraban mantenerse al frente del Gobierno con una mayoría cómoda en el Parlamento. Ahora bien, dichos resultados distan de ser favorables en la clave plebiscitaria que el independentismo le había querido dar a esas elecciones. En efecto, este obtiene solo el 47,78% de los votos, en unas elecciones en las que, por añadidura, la participación fue mucho más alta de lo acostumbrado (77%, contra una media en torno al 60% en las elecciones autonómicas hasta entonces). La hoja de ruta anunciada perdía de este modo la legitimidad que se buscaba en las urnas electorales. El independentismo podía seguir gobernando en clave independentista, pero los catalanes habían expresado con claridad suficiente su rechazo de la hoja de ruta independentista.

Los desacuerdos en la interpretación de los resultados de las elecciones de 2015 no tardarán de hecho en emerger en el seno mismo de la mayoría

independentista. Si para Mas y Junqueras había quedado plasmado el sentir favorable de los catalanes hacia su proyecto político, las CUP realizarán una lectura más lúcida y honesta de la situación, reconociendo que el "plebiscito" se había perdido: "La DUI (declaración unilateral de independencia) iba ligada al plebiscito: no hemos ganado el plebiscito, luego no hay DUI"[129]. La ocasión será aprovechada por las CUP para rechazar una nueva investidura de Artur Mas, que será reemplazado en enero de 2016 por el hasta entonces alcalde de Girona, un desconocido fuera de Cataluña, Carles Puigdemont.

Se inicia a partir de entonces el tramo que lleva al referéndum unilateral del 1 de octubre de 2017, marcado por una confrontación y una crispación que van *in crescendo*. Ni siquiera los atentados del mes de agosto de 2017 supondrán realmente una tregua en ese tira y afloja entre el Gobierno catalán y el Estado. Entre enero de 2016 y octubre de 2017 se suceden las iniciativas y actos preparativos del referéndum unilateral de independencia, que vuelve a emerger como instrumento idóneo para conocer la voluntad de los catalanes tras el fracaso de las llamadas elecciones plebiscitarias. Cada paso dado por el Parlamento y el Gobierno catalán en aplicación de su hoja de ruta independentista será inmediatamente suspendido por el TC.

El momento de máxima tensión llega en el mes previo a la consulta del 1 de octubre. El Parlamento catalán aprueba el 6 y el 7 de septiembre las dos leyes que se entendía que tenían que servir para culminar el proceso de "desconexión" independentista: la Ley del referéndum de autodeterminación y la Ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la República catalana. La primera recuperaba de manera muy significativa el derecho de autodeterminación y apelaba al derecho internacional como base en la que buscar amparo para la ley aprobada: "El acto de soberanía que comporta la aprobación de esta ley es la opción necesaria para poder ejercer el derecho de los catalanes a decidir el futuro político de Cataluña" (preámbulo de la ley). También preveía una declaración parlamentaria de independencia en caso de que la respuesta de los catalanes a la pregunta del referéndum ("¿Quiere que Cataluña sea un Estado independiente en forma de república?" [artículo 4.2]) fuese positiva, declaración previa al inicio del proceso constituyente de la nueva república (artículo 4.4). En caso contrario, el artículo 5 preveía la organización de nuevas elecciones autonómicas. La ley de transitoriedad, por su parte, y como su nombre lo indica, contenía las previsiones jurídicas necesarias para el periodo de transición entre un eventual resultado victorioso en el referéndum del 1 de octubre y la creación posterior del Estado catalán y su Constitución. Ambas leyes serán inmediatamente impugnadas por el Gobierno español y suspendidas por el TC. Lo cual será ignorado por el Gobierno catalán, que seguirá adelante con su proyecto de referéndum unilateral de independencia.

Como decía, son los momentos de máxima tensión. El Gobierno español quiere impedir la celebración del referéndum a toda costa y va a desplegar en Cataluña a unos 6.000 agentes de la Guardia Civil y la Policía Nacional. Se inician también operaciones judiciales contra la infraestructura de la campaña previa al referéndum (actos de campaña, páginas web, etc.). Entre todas ellas, importa citar sobre todo el registro policial de la Consejería de Economía catalana, el 20 de septiembre, y la manifestación de protesta del independentismo

frente a ella, pues es uno de los hechos importantes que servirán para iniciar posteriormente la causa penal por rebelión y sedición que llevará a una parte de la cúpula independentista a prisión y a la otra a salir del país.

El Estado español fracasa en su intento de detener el referéndum y este se acaba celebrando el 1 de octubre. Es sin duda una victoria moral importante para el independentismo. Como también lo será, en el fondo, el uso de la fuerza policial por parte del Estado español, con un gran despliegue con el que se intentará impedir el voto en determinados colegios electorales. En vano, pues el referéndum se acabará celebrando y se podrá hacer un recuento de los votos. Las imágenes de violencia policial retransmitidas en directo en todo el mundo, apoyadas oportunamente por las comunicaciones que, por lo que se ha sabido, llegaban a Moncloa desde el extranjero, inclinaron sin duda a detener el uso de la fuerza policial a media jornada. Esa será la victoria del independentismo: había mostrado fuerza suficiente como para organizar un referéndum contra el Estado y este había mostrado al mundo entero su peor rostro. Lo cual, dentro del marco mental independentista, era la demostración palpable de que la independencia estaba legitimada.

Será la única victoria (moral) del independentismo. Los días siguientes lo mostrarán con creces. El referéndum, con una participación del 43% y el voto básicamente de los electores independentistas (el unionismo español boicoteó nuevamente la consulta) resultaba inservible a los efectos que se buscaban. Incluso con un resultado, como así fue, de un 90% de votos favorables a la independencia. Una vez más se había organizado una consulta para nada. Al menos no para declarar la independencia, mucho menos para obtenerla. Los días siguientes a la consulta muestran con claridad que los líderes independentistas habían iniciado muchos meses antes una huida hacia delante de la que acabarían siendo rehenes. La imposibilidad de implementar el resultado del referéndum unilateral sume a la coalición independentista en una crisis, con desacuerdos notables sobre el rumbo a seguir, si declaración de independencia o no, que supone prácticamente el punto final del proceso independentista. Llegará finalmente la declaración de independencia del presidente Puigdemont en el Parlamento catalán, el 10 de octubre, pero de una manera puramente simbólica. La DUI será segundada por un voto favorable del Parlamento catalán el 27 de octubre, nuevamente de manera simbólica. Entre medias, la actuación judicial contra los líderes independentistas que nos interesará en el capítulo siguiente se había iniciado ya (Jordi Sánchez y Jordi Cuixart son detenidos el 15 de octubre), así como el procedimiento de aplicación del artículo 155 CE, que conllevaría a partir de finales de octubre (justo después de la DUI simbólica del Parlamento) la disolución del Gobierno catalán por el Estado español y la intervención de la autonomía catalana.

Aunque el nacionalismo catalán ha conseguido mantenerse en el poder desde entonces, y ha alegado seguir trabajando por la independencia de Cataluña, puede considerarse que el proceso independentista se cierra a finales de 2017. La vía unilateral —lógicamente— también acaba fracasando.

## 4.4. La respuesta del nacionalismo español al *procés*

La intensa actividad llevada a cabo por el nacionalismo catalán durante el *procés*, de la que en el fondo solo se ha dado cuenta de una muy pequeña parte, los hechos más importantes, en las páginas precedentes, va a merecer una reacción de igual intensidad por parte del nacionalismo español. Entre septiembre de 2012 y octubre de 2017 (más allá incluso), vamos a asistir a una frenética actividad por parte del Gobierno español y —más problemático tratándose de un conflicto fundamentalmente político— del TC, que va a encontrar también en la Academia jurídica un fiel y sólido apoyo.

Es importante notar que esta respuesta no era necesaria, habida cuenta de que lo que he descrito brevemente en la sección precedente al dar cuenta del *procés* catalán no tenía capacidad para producir cambios jurídicos en el ordenamiento jurídico español. Se refiere a ello el profesor García Amado en un artículo publicado en 2015:

> Jurídicamente, que dentro de un mes o de un año el Parlamento de Cataluña declare la independencia de Cataluña y que Cataluña queda constituida en Estado independiente de España y plenamente soberano, Estado del todo y como otro cualquiera, es tan irrelevante como que un amigo y yo nos digamos hoy constituidos en club de fútbol o en padre e hijo. Más aún, no cambia ni un ápice si en lugar de ser el Parlamento de Cataluña el que hace esa declaración es la asociación de peluqueros catalanes o un equipo de natación de Reus. Podemos ver diferencias en la legitimidad moral o política, pero jurídicamente es lo mismo[130].

Se trataba, por lo tanto, eso sí, de un desafío político de gran magnitud, que puede incluso verse como la mayor campaña de desobediencia política vista hasta la fecha, orquestada por añadidura desde las instituciones estatales (pues la comunidad autónoma de Cataluña es parte de las instituciones estatales), con lo chocante que esto puede resultar. Ahora bien, lo que no se puede discutir, creo, pues los hechos así lo han confirmado (bastaría con fijarse en el referéndum del 1 de octubre o en la declaración de independencia), es que el *procés* no podía tener ningún impacto en el sistema jurídico español, en el sentido de modificarlo o conseguir su ruptura con él contra la voluntad de sus principales órganos. ¿Qué podía, por lo tanto, motivar la intervención jurídica de las instituciones estatales? Dicho de otro modo, ¿por qué llevar al terreno jurídico de ese modo una demanda política o un conflicto que carecía de capacidad para forzar al orden jurídico y a sus operadores a intervenir? ¿Por qué judicializar el conflicto? La respuesta a estas preguntas nos interesa especialmente, porque el carácter innecesario de muchas de las intervenciones estatales se presenta como un indicio muy claro del perfil nacionalista alto de la reacción española ante el *procés*. Si no estamos ante un uso normal del derecho, si las intervenciones de los operadores jurídicos estatales se salen con creces de los márgenes de lo atendible jurídicamente, entonces cabe preguntarse si no se trata de un abuso de derecho, solo justificable políticamente en clave nacionalista. En las páginas siguientes se analiza por separado la intervención del Gobierno español, primero, del TC, después, y finalmente de la Academia jurídica.

### 4.4.1. La respuesta del Ejecutivo español

En el caso concreto del Gobierno español[131] conviene distinguir las intervenciones o decisiones con un marcado perfil político y aquellas a las que se busca dar un perfil jurídico. Las primeras no tienen especial interés para lo que aquí quiero explicar. Permanecen en el terreno político, por lo que son de escaso interés para un estudio sobre el nacionalismo jurídico.

Para que se vea de entrada la diferencia entre ambas intervenciones podemos volver al inicio del *procés*, el momento en el que el presidente Mas le pide al presidente Rajoy un pacto fiscal para Cataluña. Se trata de una demanda política que, en el momento de formularse, no tiene capacidad para alterar el orden jurídico español, en el sentido de introducir cambios en él. Dicha demanda podía perfectamente ser rechazada discrecionalmente por el presidente Rajoy sin necesidad siquiera de justificarse, como así lo hizo. El problema planteado por la demanda de pacto fiscal del nacionalismo catalán se resolvió por lo tanto en el marco político, sin intervención jurídica alguna ni necesidad de abrir un debate jurídico al respecto. Se consideró con buen criterio que no era un problema de derecho (saber si se podía o no, si había eventualmente un derecho a ello, etc.), sino de mera voluntad u oportunidad política: el Gobierno español no quiso aceptar la demanda. Del mismo modo que se entendió que Cataluña no tenía un derecho reconocido jurídicamente a obtener lo pedido (podía tener un derecho como aspiración, pero es algo diferente), por lo que el debate no tenía recorrido ni sentido en derecho.

En un supuesto similar nos encontramos con la demanda que el Parlamento catalán le hace al Congreso de los Diputados para que este le ceda su competencia en materia de organización de referéndums en enero de 2014. La solicitud del Parlamento catalán podía ser rechazada o aceptada discrecionalmente por el Congreso. Este podía examinar la demanda en términos de oportunidad, conveniencia o utilidad, sin que en principio hiciera falta llevar la cuestión al terreno jurídico. Sobre todo, si el Congreso no deseaba, como así era el caso, cederle esa competencia. Habría habido probablemente un debate jurídico de haber deseado la mayoría parlamentaria española tomar la decisión contraria. Pero ese debate habría intervenido *a posteriori*, una vez que la mayoría en el Congreso hubiese decidido que tal era que lo que deseaba hacer, interpretando de esta forma las normas implicadas de la manera que le resultase más favorable. Una vez más, el debate en ese momento concreto en que se formula la demanda y el Congreso le da una respuesta es un debate puramente político, no atiende a lo que se piensa que las normas permiten hacer, sino a lo que se quiere hacer en el marco de lo que se considera jurídicamente permitido. La respuesta negativa del Congreso era una de las dos decisiones políticas posibles y ese debate se cerró también de manera clara sin juridificarlo innecesariamente[132], en el terreno político, por lo tanto.

Caso parecido, pero esta vez con una respuesta muy diferente por parte del Gobierno español, y por ello de mayor interés aquí, es el que podemos observar con la declaración de soberanía que el Parlamento catalán aprueba el 23 de enero de 2013. Ha de recordarse que si la resolución adoptada afirmaba la existencia de un pueblo catalán soberano —lo que parecía incompatible con lo que disponen

los artículos 1.2 y 2 CE—, el carácter meramente político de dicha resolución hacía de ella un objeto ciertamente de interés para el debate público en una democracia plural como la española, pero también por ello mismo algo irrelevante desde el punto de vista jurídico. El Gobierno español habría podido ver esa resolución, como ya hicieran otros Gobiernos en repetidas ocasiones con otras del mismo tenor (si bien en un contexto político más apaciguado)[133], como una simple afirmación de una aspiración política que, en el fondo, puede parecer también legítima en un sistema democrático, como así lo recuerda, de hecho, el TC en la sentencia pronunciada al respecto[134]. Podía por ello el Gobierno español ignorar la declaración de soberanía, adoptando la misma actitud con la que gestionó la demanda de pacto fiscal. O podía responder también con otra declaración política formal (aparte de las informales que hubo en medios de comunicación), gubernamental o parlamentaria, que recordara que en España no hay más sujeto jurídico soberano que el español. Algo que probablemente no era necesario recordar, dicho sea de paso. Sea como fuere, la reacción se habría quedado en el terreno político. Mas no fue esa la actitud del Gobierno español. Haciendo uso de la competencia que la Constitución le atribuye en el artículo 161.2 ("El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las comunidades autónomas"), el Gobierno recurre al TC para que este anule la resolución adoptada por el Parlamento catalán. Volveré sobre esta interesante sentencia en el apartado siguiente, solo importa ahora realizar dos comentarios al respecto.

El primero es que el Gobierno español decide hacer uso de una competencia constitucional ante una decisión o resolución parlamentaria que en casos anteriores (como queda dicho, no era la primera vez que un Parlamento autonómico adoptaba una resolución de ese tipo) no había motivado recurso alguno por parte del Ejecutivo. Puede inferirse de esto que ninguno de dichos Gobiernos consideró útil o necesario (jurídicamente hablando) impugnar resoluciones parlamentarias en las que se afirmaba la soberanía del pueblo de una comunidad autónoma o el derecho a la autodeterminación de los ciudadanos radicados en ella. Es cierto también que el contexto en el que se aprueba la Resolución 5/X del Parlamento catalán es inédito, pues hasta entonces no se había dado el caso de que una mayoría política en una comunidad autónoma iniciara un proceso independentista. Ahora bien —y esto me lleva al segundo comentario—, la pregunta que debemos hacernos es si un contexto político diferente (de conflicto soberanista en 2013) tiene capacidad para alterar la naturaleza o perfil de una resolución que, hasta ese momento, se entendía como meramente política, por lo tanto, carente de efectos jurídicos. Y la respuesta a dicha pregunta solo puede ser una en derecho: un cambio importante en el contexto político no provoca que un hecho o declaración que carezca de efectos jurídicos según el sistema en el que se encuentra inmerso los adquiera de repente. A no ser, es claro, que nos encontremos en un contexto revolucionario en el que, mediante la fuerza, los hechos se acaben imponiendo al derecho en vigor. Como veremos, si lo más razonable y ajustado a derecho era considerar que la resolución impugnada era un acto político sin la menor relevancia jurídica, lo atendible habría sido que el Gobierno se abstuviera de intervenir, provocando por añadidura la intervención de otros operadores jurídicos clave en el orden jurídico

español, como lo son el Consejo de Estado y sobre todo el TC.

La actuación del TC me interesará en el apartado siguiente. Puede ser interesante ahora ver como la actitud del Gobierno español al llevar al terreno jurídico algo que ni se encontraba ni tenía vocación de penetrar en él acaba arrastrando a otros operadores jurídicos, obligándolos de alguna forma a producir una argumentación en apoyo de su impugnación, con la dificultad de que el caso no tiene una base jurídica mínimamente sólida sobre la que construir un razonamiento en derecho. Es lo que pasa, por ejemplo, con el Consejo de Estado, que como se sabe ha de intervenir con carácter previo, analizando la base jurídica existente cuando el Gobierno decide impugnar una resolución en virtud del artículo 161.2 CE. En el caso que nos ocupa, el Consejo de Estado se ve arrastrado a producir un dictamen favorable cuya escasa solidez queda evidenciada en los dos votos particulares de los consejeros Fernando Ledesma Bartret y Miguel Herrero de Miñón. Sirvan, a modo de resumen (volveré sobre el asunto más adelante), las palabras del primero: "La resolución iniciadora no altera, no transforma, no modifica la situación legal existente en la fecha de su aprobación. Su eficacia queda limitada al propósito, de naturaleza claramente política, de fijar un objetivo final político de contenido incierto"[135]. No había —en opinión que comparto— razón para remitir un asunto sin la menor relevancia jurídica al TC.

Ahora bien, al insistir en su empeño de impugnar la resolución catalana, y habiendo encontrado un aval jurídico en el Consejo de Estado, el recurso del Gobierno español sigue adelante. Lo cual va a obligar también al Abogado del Estado a desarrollar una argumentación que en determinados momentos causa verdaderamente sonrojo. Si, por una parte, el Abogado del Estado no duda en ver obligaciones y efectos jurídicos donde no puede haberlos, como así hace al explicar que la resolución impugnada obliga jurídicamente tanto al Gobierno catalán como a los ciudadanos que la resolución interpela, o al considerar que la declaración de soberanía vulnera los artículos 1.2, 2 y 168 CE (por solo ceñirnos a estos), lo insostenible de la argumentación se hace manifiesto, por otra parte, en momentos de su exposición, cuya lectura, de no tratarse de una cuestión grave y seria, resultaría hasta cómica. Sirva de ejemplo el siguiente extracto:

> De otra parte, entiende que la distinción en este caso entre "efectos políticos" y "efectos jurídicos concretos y reales" carece de relevancia, pues la resolución impugnada tiene efectos jurídicos y políticos, no siendo tampoco relevante el grado de obligatoriedad o vinculación que dimane de la misma, dado que son concebibles efectos jurídicos de mayor o menor intensidad vinculatoria[136].

En resumen, el Abogado del Estado es empujado por el Gobierno español a defender una posición jurídicamente indefendible. Esto explica que se invente efectos jurídicos, obligaciones y vulneraciones normativas formal y materialmente imposibles (como la vulneración normativa de algún precepto constitucional o la obligación que tendría el Gobierno catalán de hacer lo que la resolución dice) o se atreva con ocurrencias como las relativas a la carencia de relevancia en la distinción entre efectos políticos y jurídicos o "la mayor o menor intensidad vinculatoria" de los efectos jurídicos. Si se piensa con un mínimo de

detenimiento, lo cierto es que solo pensando que el tribunal que leería semejante escrito de impugnación era un tribunal amigo podía realmente atreverse el Abogado del Estado a intentar obtener la impugnación de la resolución del Parlamento catalán. Como veremos más adelante, el Gobierno español no se equivocó y el TC validó en lo esencial tan extravagante argumentación.

Lo que sucede con la Resolución 5/X marca la pauta en la reacción del Gobierno español durante todo el *procés*. Se va a impugnar todo aquello que tenga relación con él, ya se trate de casos con una base jurídica más o menos clara (como puede pensarse que pasaba, por ejemplo, con la ley de consultas populares no referendarias o, sobre todo, con las llamadas leyes de desconexión de septiembre de 2017), ya se trate de casos, como el de la declaración de soberanía, en los que la ausencia de base jurídica es manifiesta. La juridificación del conflicto político va a llegar a tales extremos que el Gobierno español no va a dudar en reformar la Ley Orgánica del TC para darle a este capacidad ejecutiva para poder actuar directa y más rápidamente contra el Gobierno y el Parlamento catalán[137]. Una reforma criticada por la doctrina[138] y que sin duda era innecesaria tanto en la forma como en el fondo. En la forma, porque el TC ha actuado con una rapidez inusual en la respuesta a los recursos formulados por el Gobierno español contra el independentismo catalán. Su diligencia y eficacia hablaban claramente contra la reforma. En el fondo, porque la atribución de tales competencias al TC no encuentra justificación en los más de 30 años de funcionamiento del sistema constitucional español en el momento en que se hace la reforma, no pudiendo ofrecerla tampoco un caso tan excepcional como lo era y ha sido el *procés*. Como lo indica con acierto Gennaro Ferraiuolo[139], lo que el Gobierno conservador hace con dicha reforma es politizar aún más a un TC que, en su posición especial de árbitro constitucional, debería mantenerse a distancia prudente de los conflictos políticos de los que luego puede tener que conocer. Flaco favor le hace el Gobierno español al TC pidiéndole que baje a un barrizal político del que la justicia constitucional, por definición, debe huir. Más flaco favor le hace aún dándole, mediante una muy discutible reforma, unos poderes ejecutivos que todavía le dan un perfil más político.

No es necesario quizás llevar el análisis más lejos. No se trata aquí de realizar un estudio exhaustivo ni mucho menos de la respuesta del ejecutivo y el legislativo español a las iniciativas políticas impulsadas y actos normativos aprobados por el nacionalismo catalán durante el *procés*. El elevado número de casos litigiosos me obligaría a darle a este libro una extensión y una forma que no son deseables ni considero necesarias para lo que aquí quiero explicar. Importa solo retener la diferencia entre reacciones del Gobierno con una base jurídica razonable (aun cuando pueda parecer discutible) y reacciones cuya ausencia de base jurídica inclina a pensar que nos encontramos ante una judicialización artificial e innecesaria de un problema político que ha de encontrar respuesta, si acaso (pues no tiene por qué dársele una) en el terreno de la política.

Ejemplo de esto último, como se ha visto antes, es la declaración de soberanía y derecho a decidir del Parlamento catalán. Se trata de un documento que expresa una aspiración política y que carece totalmente de efectos jurídicos. Su juridificación, es decir, la transmisión del expediente al TC para que este aporte una respuesta jurídica carece de sentido en derecho y solo puede

explicarse por el interés que podía tener el Gobierno en ver su posición política preferida (siempre discutible en política) como algo indiscutible al encontrar en el TC una solución jurídica que excluye del debate cualquier otra opción política que la expresada por el Ejecutivo español. Dicho de otro modo, hacer que aquello que es y tiene que ser en democracia objeto de un debate político abierto y plural, tratando de dar por dicho cauce respuesta a las aspiraciones de unos y otros, sea reconducido a un *impasse* jurídico que impida técnicamente hacer política (transformar) al respecto. Lo cual tiende a achicar el debate democrático, a empobrecerlo al cerrar el paso a aspiraciones políticas legítimas (en el sentido de su compatibilidad con los valores y principios democráticos y liberales). Sea como fuere, creo que puede hablarse en estos casos de un claro abuso de derecho por parte de los poderes públicos que gozan de su interpretación auténtica. En un conflicto nacionalista, este abuso de derecho por parte del Estado, de su Gobierno o de su Parlamento en nuestro caso, adquiere un muy claro perfil nacionalista. Y lo será de manera tanto más clara cuanto mayor sea el margen que se conceda a sí mismo el Ejecutivo o el legislador para adaptar el derecho a su voluntad política.

En resumen, puede decirse que el Gobierno español decide atacar jurídicamente, judicializar pues, actos, decisiones y normas catalanas que podían haber sido ignoradas por él, ya sea porque no tenían el menor efecto jurídico, ya sea porque teniendo efectos jurídicos no podían vulnerar preceptos constitucionales fundamentales. El famoso "ni quiero ni puedo" del presidente Rajoy ilustra perfectamente dicha actitud: se pretende avalar una decisión política ciertamente legítima mediante su juridificación abusiva. En efecto, el Gobierno español podía no querer dejar pasar ni una sola de las afrentas lanzadas por el nacionalismo catalán. Pero de ahí a decir que estaba obligado jurídicamente a hacerlo hay un trecho muy largo, imposible de recorrer jurídicamente. Si nada de lo que hizo o pidió el independentismo catalán tenía capacidad para vulnerar aquellas normas que el Gobierno decía que se vulnerarían, entonces nos encontramos ante una mentira interesada del Gobierno español cuyo objetivo no era otro que reforzar su posición por medio de un aval jurídico que solo los jueces, sobre todo, y la Academia jurídica podían aportarle. Su posición no sería entonces meramente política, sino que adquiriría el perfil racional y la fuerza de la verdad que se le concede a los razonamientos y conclusiones formuladas en derecho, como ya se explicó en el capítulo 2.

### 4.4.2. La respuesta del Tribunal Constitucional

El TC va a actuar de alguna manera como cooperador necesario del Gobierno español durante todo el *procés*. Esto ya es mucho más grave en un sistema democrático en el que se supone que la justicia, sobre todo la constitucional, ha de actuar como contrapeso de los otros dos poderes constituidos sancionando los abusos que pudiesen cometer. Si la actitud del Gobierno español atacando actos, decisiones y normas con una muy discutible base jurídica puede parecer reprochable, ha de notarse que la serie tan larga de recursos y sentencias que se inicia con el *procés* bajo la impulsión del Gobierno español habría podido quedar

en nada de haber adoptado el TC otra actitud al respecto, la que entiendo que era la atendible por su parte. Es decir, de haberse centrado exclusivamente en la pertinencia jurídica de los recursos interpuestos por el Gobierno y en la capacidad de los actos, decisiones y normas catalanas concernidas por dichos recursos para vulnerar efectivamente el orden jurídico español. De haber actuado así, lo normal habría sido que el TC desestimara uno tras otro los recursos presentados por el Gobierno, lo cual habría servido para hacerle entender que los magistrados constitucionales no estaban dispuestos a ser instrumentalizados en ese conflicto con el independentismo catalán. Una actitud que seguramente habría evitado también que el Gobierno y su mayoría parlamentaria pensaran en reformar la Ley Orgánica del TC al intuir que este seguramente la censuraría.

Creo que este es un punto en el que no se ha insistido lo suficiente. Probablemente todo lo ocurrido de 2014 y 2015 en adelante habría podido ser evitado (o habría tomado otro camino, mucho más sereno, sin duda) si el TC le hubiese parado los pies al Gobierno español en su intento de judicializar un conflicto que era puramente político. La impresión que puede quedar es que el TC se olvida completamente de la separación de poderes, en la que tiene como rivales que vigilar principalmente al ejecutivo y legislativo que se encuentran en su mismo nivel jerárquico (el Tribunal también ha de vigilar los ejecutivos y legislativos autonómicos, es claro, pero estos tienen mucho menos poder, y por ello menos capacidad para afectar gravemente al sistema). En vez de fiscalizar y frenar la actuación del Gobierno español, lo que hace es darle la razón, desactivando en este caso su rol de contrapeso en la separación de poderes y mostrando un rigor excesivo en la fiscalización de actos, decisiones y normas de una comunidad autónoma con un muy escaso potencial para vulnerar el orden jurídico del que es guardián. Dicho de otro modo, la separación de poderes solo parece funcionar en este caso cuando el TC examina la actuación del ente subestatal (liderado por el nacionalismo catalán), nunca cuando se examina la actuación del Estado. Y aquí es donde puede verse precisamente que es el nacionalismo lo que motiva y explica el tan problemático papel del TC durante el *procés*, prefiriendo sistemáticamente defender a "los suyos" (a los poderes de su nación) frente al nacionalismo rival antes que defender la recta y mesurada aplicación del derecho en un sistema democrático.

En lo que sigue se analizan dos de las sentencias más significativas del TC. Creo que bastarán para ilustrar lo antedicho. La primera es la STC 42/2014, en la que se resuelve el recurso presentado por el Gobierno español contra la Resolución del Parlamento de Cataluña 5/X, de 23 de enero de 2013, por la que se aprueba la "Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña". Con esta sentencia se inicia la larga serie de intervenciones del TC durante el *procés* y es probablemente la más chocante de todas desde el punto de vista jurídico. La segunda es la STC 31/2015 que resuelve el recurso presentado contra la Ley del Parlamento catalán 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana. Esta sentencia es importante porque en ella se acaba de perfilar la doctrina constitucional sobre el uso del instrumento referendario a nivel autonómico iniciada con la STC 103/2008 y completada después por la STC 31/2010. Las que vendrán después no harán sino abundar en el mismo sentido, citando en lo

fundamental lo expresado en esas tres sentencias[140].

La STC 42/2014 marca la pauta de todo lo que va a venir después, como ya lo he dicho. La argumentación desplegada por el TC sorprende fundamentalmente por tratar de construir un relato de inconstitucionalidad sobre una base jurídica pura y llanamente inexistente. La lectura de la sentencia deja la impresión de que lo que se quiere es censurar la resolución catalana impugnada por el Gobierno español cueste lo que cueste y para ello no se va a dudar en realizar las inferencias jurídicas más improbables. Para ilustrarlo podemos fijarnos en los dos puntos principales de la sentencia. El primero es una cuestión formal relativa a la idoneidad de la resolución catalana como objeto de impugnación ante el TC. El segundo es de fondo o material y concierne la capacidad de dicha resolución (lo que en ella se afirma) para vulnerar algún precepto constitucional.

Recordemos que el procedimiento que nos interesa aquí es el de impugnación de las disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las CCAA del artículo 161.1 CE ("El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las comunidades autónomas"). Las dudas que surgen lógicamente de la lectura de dicho artículo tienen que ver con el perfil normativo o jurídico de las resoluciones a que se refiere. ¿Han de tener estas efectos jurídicos o bien tiene sentido impugnar resoluciones que no los tengan? A esta pregunta el TC parecía haber dado respuesta en su Auto 135/2004, de 20 de abril, en el que explica (FJ 6) 1) que las resoluciones adoptadas en el marco de un proceso parlamentario que no ponen fin al mismo no pueden producir más efectos que los que tienen en el marco de dicho procedimiento y 2) que las resoluciones en cuestión han de tener efectos jurídicos para poder ser impugnadas. De este modo, cuando se trate de un proyecto de norma jurídica o de un acto en el que se exprese la intención de impulsar o aprobar una norma jurídica la resolución carecerá del perfil jurídico necesario para que el TC pueda entrar a examinarlo:

> Si la antijuridicidad se predicara, no ya de normas definitivamente instaladas en el ordenamiento, sino de simples proyectos de normas o, antes aún, de la sola intención de producir normas, entonces el cambio y la reforma serían literalmente imposibles […]. La necesaria defensa jurisdiccional del ordenamiento no puede verificarse sino cuando cabe hablar propiamente de infracciones normativas, solo susceptibles de ser causadas, obviamente, por normas y nunca por proyectos o intenciones normativas, que, en cuanto tales, pueden tener cualquier contenido (FJ 6).

Si la primera condición (que la resolución ponga fin o no a un procedimiento parlamentario) puede generar dudas en su aplicación a los casos examinados, la segunda no admite la menor reserva y es, además, determinante al tratarse de condiciones cumulativas. La posición del TC en ese auto es clara y coherente con lo que se entiende que ha de ser el papel de la justicia constitucional, no teniendo sentido, en efecto, que esta pierda el tiempo en el examen de actos o decisiones sin valor jurídico, que no tienen por lo tanto capacidad para penetrar en el mundo del derecho. Pues bien, lo sorprendente es que el TC va a darle a su jurisprudencia un giro de 180 grados al examinar la Resolución catalana 5/X, viendo en ella un objeto idóneo del procedimiento de impugnación iniciado por el Gobierno español. Recuérdese que la mencionada resolución exponía que: "De

acuerdo con la voluntad mayoritaria expresada democráticamente por el pueblo de Cataluña, el Parlamento de Cataluña acuerda iniciar el proceso para hacer efectivo el ejercicio del derecho a decidir para que los ciudadanos y ciudadanas de Cataluña puedan decidir su futuro político colectivo"[141].

Dicho proceso quedaba orientado en el futuro por unos principios que se enumeran justo después entre los cuales sobresale, por su importancia, el reconocimiento de la soberanía del pueblo catalán: "El pueblo de Cataluña tiene, por razones de legitimidad democrática, carácter de sujeto político y jurídico soberano" (primero). Esta afirmación que hace la resolución, en presente de indicativo, es sin duda similar a las que encontramos en las constituciones de los Estados. Ahora bien, lo que resulta meridiano es que ni estamos ante una expresión de un autodeclarado Poder Constituyente ni la resolución en que tal expresión se encuentra tiene el valor jurídico que sí tienen las constituciones. Tal declaración, sin efectos jurídicos, solo puede ser considerada como expresión de una aspiración o intención proyectada hacia el futuro, razón por la que podía tener "cualquier contenido", como así invitaba el TC a interpretarlo en 2004.

Pues bien, el Tribunal comienza su examen formal en la sentencia 42/2014 recordando que en su ATC 135/2004 se había explicado que "para que una resolución sea, a los efectos de este proceso constitucional, imputable a una comunidad autónoma es condición necesaria que se trate de un acto jurídico y que constituya además expresión de la voluntad institucional de aquella" (FJ 2). Acto seguido va a analizar si la resolución examinada es realmente un acto jurídico, en el sentido de saber si produce efectos jurídicos. El Tribunal rechaza la argumentación del Abogado del Estado sobre la capacidad de la resolución para obligar tanto a los ciudadanos como, sobre todo, al Gobierno catalán a involucrarse en el proceso del derecho a decidir a que se refiere la resolución impugnada:

> En este caso el Tribunal aprecia que, en principio, respecto de los ciudadanos de Cataluña, la resolución contrae sus efectos a exhortarlos en su acción política, sin efecto vinculante de naturaleza alguna, pues quienes así son animados gozan ya, al amparo de la Constitución y sin necesidad de llamamiento parlamentario alguno, de la más amplia libertad política (STC 31/2010, FJ 12).
>
> Como acto de impulso de la acción del Gobierno, la resolución carece igualmente de eficacia vinculante, como tiene declarado este Tribunal respecto de actos parlamentarios de este género (SSTC 180/1991, de 23 de septiembre, FJ 2; 40/2003, de 27 de febrero, FJ 3, y 78/2006, de 13 de marzo, FJ 3) (FJ 2).

Una vez explicado que la resolución carecía de valor jurídico, que no podía por lo tanto obligar a sus destinatarios (es lo propio del derecho, generar derechos y obligaciones para los destinatarios de las normas), lo atendible era que el Tribunal derivara de ello la ausencia de base jurídica para la impugnación, de conformidad con su jurisprudencia anterior. Pero no va a ser así. El Tribunal va a proponer una conclusión tan sorprendente como incoherente. En efecto, tras reconocer que la resolución no contenía obligación jurídica alguna, el Tribunal sorprende con una muy misteriosa afirmación ("sin embargo, lo jurídico no se

agota en lo vinculante") antes de contradecir lo que justo antes había afirmado, esto es, que la resolución no obligaba jurídicamente a nadie. Pues bien, el Tribunal concluye ahora que:

El punto primero de la resolución impugnada, en cuanto declara la soberanía del pueblo de Cataluña ("Soberanía. El pueblo de Cataluña tiene, por razones de legitimidad democrática, carácter de sujeto político y jurídico soberano") *es susceptible de producir efectos jurídicos*, puesto que, insertado en el llamamiento a un proceso de diálogo y negociación con los poderes públicos (principio cuarto) encaminado a "hacer efectivo el ejercicio del derecho a decidir para que los ciudadanos y ciudadanas de Cataluña puedan decidir su futuro político colectivo" (parte inicial de la Declaración), puede entenderse como el reconocimiento en favor de aquellos a quienes se llama a llevar a cabo el proceso en relación con el pueblo de Cataluña (especialmente el Parlamento de Cataluña y el Gobierno de la Generalitat), de atribuciones inherentes a la soberanía superiores a las que derivan de la autonomía reconocida por la Constitución a las nacionalidades que integran la nación española (FJ 2) (el énfasis es mío).

Nótese que no se dice que produce efectos jurídicos, sino que "es susceptible de producir efectos jurídicos". Es decir, el Tribunal encuentra efectos jurídicos en la resolución; primero, por los eventuales hechos futuros que pudiesen producirse en su seguimiento por parte del Gobierno catalán (especialmente), lo que dependerá en cualquier caso de que este quiera o no hacer aquello a que invita o incita la resolución. Se hace así depender la existencia de efectos jurídicos de hechos que no se sabe si se producirán en el futuro y que, en todo caso, en el momento en que se expresa el juez constitucional, no existen, no pudiendo entonces ser tenidos en cuenta por este en su examen. Y, en segundo lugar, el Tribunal también ve efectos jurídicos en el control parlamentario (que no deja de ser político, nótese bien) respecto del cumplimiento de la resolución impugnada:

El carácter asertivo de la resolución impugnada, que "acuerda iniciar el proceso para hacer efectivo el ejercicio del derecho a decidir", no permite entender limitados sus efectos en el ámbito parlamentario al terreno estrictamente político, puesto que reclama el cumplimiento de unas actuaciones concretas y este cumplimiento es susceptible del control parlamentario previsto para las resoluciones aprobadas por el Parlamento (artículo 146.4 del Reglamento del Parlamento de Cataluña) (FJ 2).

En resumen, los efectos jurídicos de la resolución dependerían de hechos futuros (que pueden producirse o no) y del control parlamentario al que quedaría "obligado" (políticamente, nunca jurídicamente) el Parlamento catalán. Un auténtico disparate jurídico.

Esa es, en cualquier caso, la argumentación formal con la que llega el Tribunal a la cuestión de fondo, saber si la resolución podía vulnerar los artículos constitucionales 1.2, 2, 9.1 y 168, tal como el Abogado del Estado lo expuso en su recurso. Ha de notarse con todo que el pronunciamiento del Tribunal sobre la primera cuestión litigiosa (formal) era clave, pues de no haber tenido efectos jurídicos, el Tribunal no habría podido entrar en el examen de fondo de la resolución para ver si habría podido vulnerar alguna norma del orden jurídico español. Forzar el razonamiento formal hasta el extremo de la contradicción con

su doctrina anterior y la incoherencia, como lo hizo el Tribunal, era pues necesario para poder afirmar sobre el fondo del asunto que "la cláusula primera de la Declaración, que proclama el carácter de sujeto político y jurídico soberano del pueblo de Cataluña debe ser considerada inconstitucional y nula" (FJ 3). Lo cual vuelve a ser jurídicamente un disparate, pues la resolución catalana no crea un pueblo catalán soberano. Y no lo hace porque 1) la resolución no tiene fuerza ni validez jurídica para penetrar en el orden jurídico español creando para Cataluña un nuevo estatus jurídico y político, y además 2) tampoco es esa la intención inmediata del Parlamento catalán al adoptar dicha resolución, orientada —recuérdese— hacia el futuro.

Con esta primera sentencia se marca la pauta de lo que vendrá después. El Tribunal muestra que está dispuesto a retorcer el derecho cuanto sea necesario para ayudar al Gobierno español a luchar contra el Gobierno catalán y el proceso independentista iniciado por él. El Tribunal se atreve a decir que una resolución que no obliga a nadie (sin efectos jurídicos, por lo tanto) tiene efectos jurídicos por los eventuales hechos futuros que pudiesen producirse, cuando en su jurisprudencia anterior (que se cita a profusión por las partes y el propio Tribunal) se explicaba que las infracciones normativas nunca podían ser causadas "por proyectos o intenciones normativas" (en referencia necesaria a hechos futuros). La contradicción entre lo que se afirma primero y se decide después no puede ser más evidente. La lección que puede extraerse de esa primera sentencia es que los poderes públicos españoles pasan a tener plenos poderes para hacerle decir a su derecho lo que más les convenga en su lucha contra el independentismo. Todo un aviso a navegantes. Una lección que los líderes independentistas no acabarán de entender, como se verá más adelante.

La otra sentencia que me interesa aquí es la que examina la constitucionalidad de la ley de consultas populares no referendarias catalana aprobada para establecer un marco legal para la consulta proyectada por el Gobierno catalán para noviembre de 2014. Como ya se ha visto antes, el TC ya había sentado jurisprudencia sobre el instrumento referendario en dos sentencias previas, la 103/2008 y la 31/2010. Pero dicha jurisprudencia dejaba un margen que podía ser explorado por el legislador catalán tratando de encontrar grietas u olvidos en la argumentación del TC, grietas que luego podría utilizar a efectos de producir una ley capaz de pasar el examen de constitucionalidad que solicitaría con toda probabilidad el Gobierno español.

Recordemos que la jurisprudencia del Tribunal establecía que el instrumento referendario quedaba fuera de la competencia del legislador autonómico[142]. Desde el punto de vista formal o competencial, la consulta referendaria solo podía ser regulada por ley por el legislador español al considerar el Tribunal que la reserva genérica de ley orgánica impedía la intervención del legislador autonómico y que, además, el artículo 92 reservaba de manera más precisa la materia referendaria al legislador estatal. Como se comentó ya, en la sentencia 103/2008 el Tribunal parecía entender que la reserva material genérica de ley orgánica no impedía que el legislador autonómico pudiese regular el instrumento referendario para el ámbito regional, siempre que dicha competencia se encontrase prevista en su Estatuto de Autonomía. Sin embargo, la STC 31/2010 cierra esa posibilidad al considerar que la competencia exclusiva del Estado a la

que se refieren los artículos 92 y 149.1.32 concierne a la entera disciplina de la materia y no únicamente a la autorización del referéndum. Por otro lado, desde el punto de vista material, el Tribunal expuso también que un referéndum de independencia supondría un quebranto de los artículos constitucionales 1.1, 2 y 168, por lo que tampoco era posible que el legislador autonómico se sirviese del instrumento referendario como semejante finalidad. Esta es, muy resumidamente, la jurisprudencia con la que trabajan las partes en el conflicto que nos interesa ahora sobre la ley de consultas no referendarias.

Consciente de que no podía legislar en materia referendaria, el Parlamento catalán aprueba una ley de consultas que se presenta como no referendaria. Lo que el legislador explícitamente dice regular no es el referéndum, sino consultas de otro tipo. El referéndum había sido definido ya en las sentencias 103/2008 y 31/2010. El Tribunal recuerda su definición en el fundamento jurídico quinto de la sentencia 31/2015:

> El referéndum es, por tanto, una especie del género "consulta popular" con la que no se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público, a través de cualesquiera procedimientos, sino aquella consulta cuyo objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral (expresivo de la voluntad del pueblo: STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 10) conformado y exteriorizado a través de un procedimiento electoral, esto es, basado en el censo, gestionado por la Administración electoral y asegurado con garantías jurisdiccionales específicas, siempre en relación con asuntos públicos cuya gestión, directa o indirecta, mediante el ejercicio del poder político por parte de los ciudadanos, constituye el objeto del derecho fundamental recogido por la Constitución en el artículo 23.1 (así, STC 119/1995, de 17 de julio). Para calificar una consulta como referéndum o, más precisamente, para determinar si una consulta popular se verifica "por vía de referéndum" (artículo 149.1.32 CE) y su convocatoria requiere entonces de una autorización reservada al Estado, ha de atenderse a la identidad del sujeto consultado, de manera que siempre que este sea el cuerpo electoral, cuya vía de manifestación propia es la de los distintos procedimientos electorales, con sus correspondientes garantías, estaremos ante una consulta referendaria (FJ 2).

El referéndum queda así definido por tres criterios: 1) el sujeto político consultado ha de ser el cuerpo electoral, que expresa la voluntad del pueblo; 2) la forma ha de seguir la propia del procedimiento electoral y 3) la consulta ha de tener las garantías jurídicas correspondientes a este.

El legislador catalán se va a adaptar hábilmente a esa definición buscando elementos de diferenciación para cada uno de los tres criterios que permitiesen entender que no se estaba invadiendo la competencia estatal en materia referendaria, sino que se estaba regulando una consulta diferente, como el nombre de la ley así lo explicitaba. El artículo 5 de la ley prevé que las personas legitimadas para participar en las consultas no referendarias son las siguientes:

> a) Las personas mayores de dieciséis años que tengan la condición política de catalanes, incluyendo a los catalanes residentes en el extranjero. Estos últimos deben solicitar previamente la inscripción en el registro creado al efecto.
> b) Las personas mayores de dieciséis años nacionales de Estados miembros de la Unión Europea inscritas en el Registro de Población de Cataluña que acrediten un año de residencia

continuada inmediatamente anterior a la convocatoria de la consulta.

c) Las personas mayores de dieciséis años nacionales de terceros Estados inscritas en el Registro de Población de Cataluña y con residencia legal durante un periodo continuado de tres años inmediatamente anterior a la convocatoria de la consulta.

Como se puede apreciar, no es propiamente hablando el cuerpo electoral el que se encuentra concernido por las consultas no referendarias, pues en el cuerpo electoral español, en cualquiera de sus expresiones (generales, autonómicas o municipales), no se incluyen a los menores de 18 años, del mismo modo que los extranjeros comunitarios tampoco forman parte del cuerpo electoral en las elecciones regionales (y las consultas reguladas por el legislador catalán son regionales) ni en las generales. Estamos, por lo tanto, ante una primera diferencia que podía permitir entender que quien se expresaría en dichas consultas no era el cuerpo electoral catalán (ni el español). Como tampoco podría entonces entenderse que en ellas se obtendría la expresión de la voluntad del pueblo.

Por otro lado, la ley prevé también un censo (llamado registro de consultas populares, a partir del Registro de Población) y un procedimiento diferente del electoral utilizado para las elecciones y referéndums (artículos 6 y 7), así como una comisión de control especial con la misión de velar por las garantías de la consulta (en términos de fiabilidad, transparencia, neutralidad, y objetividad [artículo 13.1]). En definitiva, puede observarse que la labor del legislador catalán está orientada a evitar que las consultas reguladas pudiesen ser consideradas como referéndums. En la medida en que en ellas no debía entenderse que se expresaría la voluntad del pueblo (a no ser que, de manera innovadora, se entendiese que los extranjeros comunitarios también conforman la voluntad del pueblo) y que se establecía un censo y procedimiento electoral, así como un sistema de garantías, paralelo (si bien muy similar al electoral, algo inevitable ciertamente al tener dichos procedimientos el mismo fin: el desarrollo normal, transparente, seguro y fiable del proceso de votación) al existente para elecciones y referéndums, podía pensarse que el legislador catalán había trabajado con inteligencia y conseguido su propósito de regular consultas no referendarias, colocando así su ley en una posición favorable en la eventualidad (muy probable) de que el Gobierno español la impugnase y el TC tuviese que examinarla. Pero lo que objetivamente podía parecer un esfuerzo inteligente y exitoso, o, en cualquier caso, suficiente, de diferenciación de las consultas no referendarias respecto del referéndum no podía convencer, en buena lógica, a un Tribunal que había mostrado ya con anterioridad cuál sería su actitud a la hora de evaluar los actos y normas del nacionalismo independentista catalán.

El Tribunal empieza su razonamiento en la sentencia 31/2015 recordando su jurisprudencia sobre el derecho fundamental de participación ciudadana del artículo 23.1 CE y la distinción necesaria a establecer entre aquel y "las formas de mera participación ciudadana", en las que se encuadrarían las consultas no referendarias (FFJJ 3, 4 y 5), así como la definición del instrumento referendario (FJ 5), antes de explicar el régimen jurídico al que se encuentra este sometido (FFJJ 6 y 9), como un instrumento de competencia exclusiva estatal. El Tribunal recuerda que tanto la reserva genérica de ley orgánica del artículo 81 como la más específica asociada al referéndum (artículos 92 y 149.1.32 CE) dejan fuera del

alcance del legislador autonómico la regulación del instrumento referendario (FJ 9). Recuerda asimismo que la competencia catalana del artículo 122 del EAC, tal y como se vio que quedó interpretado en la STC 31/2010, concierne únicamente a las consultas no referendarias y añade que incluso en estas no se puede preguntar "sobre cuestiones fundamentales resueltas con el proceso constituyente y que resultan sustraídas a la decisión de los poderes constituidos" (FJ 6). Un argumento que ya se había utilizado con anterioridad y que, a pesar de su extraña construcción jurídica, el Tribunal utiliza una y otra vez en sus sentencias del *procés*, como si actos, expresiones y decisiones sin valor ni efectos jurídicos pudiesen afectar al ordenamiento jurídico español, de tal suerte que su integración en el mismo requiriese, como así lo afirma el Tribunal, que "se sustancien abierta y directamente por la vía [de reforma] que la Constitución ha previsto para esos fines" (FJ 6).

Llegados a este punto, parecía difícil que el empeño mostrado por el Tribunal en recordar su jurisprudencia precedente lo inclinara a mostrar cierta deferencia hacia el legislador catalán. Descarta de entrada que el nombre dado por este a la ley ("de consultas populares no referendarias") "sea determinante de su verdadera naturaleza" (FJ 7) y pasa lógicamente a examinar si la ley regula realmente consultas referendarias o no referendarias. El primer punto importante al respecto, como vimos, es el sujeto consultado. El Tribunal reconoce que el legislador catalán ha establecido "un cuerpo electoral" (la ley habla de "personas legitimadas", nunca de cuerpo electoral) "más amplio que el configurado por la ley electoral general" (FJ 8), si bien ello no es óbice para él para entender que las consultas examinadas implican a pesar de todo "una verdadera *apellation ad populum*" (FJ 8). La debilidad del argumento (sobre todo respecto de los extranjeros comunitarios, que en ningún caso pueden participar en la conformación de la voluntad popular) es muy clara, y queda por lo demás evidenciada en el intento de explicación que el Tribunal propone: "Los menores de 18 años son convocados en su condición 'política' de catalanes y los extranjeros en cuanto 'nacionales' de otros Estados, es decir, en la condición más genérica de ciudadanía que les es aplicable" (FJ 8). Es decir, que un francés, pongamos por caso, radicado en Barcelona, participaría en una consulta no referendaria como las reguladas por la ley como "ciudadano" capaz de conformar la voluntad del pueblo español (o catalán en este caso) por tener la condición de "ciudadano" que le concede el ser nacional de otro Estado. Lo cual convertiría dicha consulta no referendaria en una consulta referendaria. Una vez más, con semejante argumentación (pasemos por alto lo que dice de los menores de 18 años) la impresión que queda es que el Tribunal estaba dispuesto a asumir o inventarse el argumento más disparatado que se pueda uno imaginar con tal de censurar al legislador catalán.

No sorprenderá, visto lo visto, que el Tribunal también acabe considerando que el procedimiento electoral y las garantías que la ley prevé (aun no siendo "idénticos a los previsto en la legislación electoral estatal") hayan de ser asimilados a los previstos para las elecciones y los referéndums, pues "comportan un grado de formalización de la opinión de la ciudadanía materialmente electoral" (FJ 8). Las consultas generales no referendarias reguladas por la ley catalana serían así, en opinión de los magistrados, referéndums, tanto por el sujeto político

consultado como por el procedimiento electoral y sus garantías jurídicas. Por esa razón el Tribunal las declara inconstitucionales, salvando únicamente las consultas sectoriales previstas por la ley, inservibles, huelga decirlo, a los efectos de organizar una consulta sobre el futuro político de Cataluña.

La conclusión que se desprende del análisis de las dos sentencias que me han interesado aquí es que el TC abandona su papel de árbitro imparcial de los conflictos normativos para entrar de lleno en la contienda política a la que el Gobierno español lo invita en su combate contra el independentismo. Políticas son, en efecto, sus intervenciones desde el momento en que decide recurrir a argumentos faltos de la menor lógica o base en derecho para entrar a conocer de decisiones sin valor jurídico (como en el caso de la resolución catalana 5/X) o para censurar normas acogiéndose a argumentos incoherentes y hasta disparatados jurídicamente, además de faltos de la menor deferencia hacia el legislador. No tratándose de actos o normas con capacidad para vulnerar aquellos preceptos constitucionales que, según el Gobierno español y el propio Tribunal (artículos 1.2, 2, 168 principalmente), estaban en juego, lo normal y atendible por parte de la justicia constitucional habría sido abstenerse de intervenir o hacerlo de la manera menos lesiva respecto de la actividad del legislador catalán. En efecto, ni la declaración de soberanía podía vulnerar nada en el orden jurídico español (pues su falta de valor jurídico le imposibilitaba entrar en él) ni la ley de consultas populares no referendarias podía dar pie a que se organizara un referéndum con capacidad para vulnerar de igual modo los referidos preceptos constitucionales. Estamos ante actos y normas jurídicamente inofensivas para el orden jurídico español. Como ya se explicó con anterioridad, incluso en caso de que la consulta no referendaria proyectada se acabara celebrando, imaginemos que con una muy alta participación (improbable, por el previsible boicot del unionismo), el resultado de la consulta, por sí solo, habría carecido de la capacidad para quebrar alguno de los artículos constitucionales antes citados. Un resultado favorable a la independencia habría permanecido exclusivamente en la esfera política o del debate público, dependiente siempre de la negociación política eventual (poco probable) que pudiese darse entre el Gobierno español y el catalán. Todo ello es ajeno a la esfera jurídica en la que se supone que debe moverse un Tribunal Constitucional.

#### 4.4.3. La respuesta de la Academia jurídica

Como no podía ser de otra manera, los actos y decisiones de las partes en este conflicto, Gobiernos y Parlamentos español y catalán, así como del Tribunal encargado de resolver paso a paso los litigios que le han ido llegando, han sido comentados por los académicos expertos en derecho. Estos han participado ampliamente en un debate que ha desbordado con mucho la esfera técnico-jurídica o universitaria en la que suelen moverse los juristas académicos. Ha sido normal así ver como estos exponían en los medios de comunicación sus tesis sobre el derecho a decidir, el instrumento referendario y sus usos[143], la reforma constitucional, el derecho comparado y, así, un largo etcétera de cuestiones más o

menos técnicas que durante los primeros años del *procés*, sobre todo, han centrado la atención del debate público en España. En lo que sigue me va a interesar tanto el debate público (en medios de comunicación) como el especializado (en revistas académicas), es decir los análisis publicados por los académicos juristas.

Ha de puntualizarse de entrada que el número de libros, artículos y comentarios sobre el tema es tan grande que se ha vuelto prácticamente inabarcable. Como ya lo he dicho, no es mi intención en este libro ofrecer un examen exhaustivo de los puntos que creo que merecen especial atención. No creo que sea útil ni necesario para lo que aquí pretendo ilustrar. Y no lo es porque, como se sabe, muy rápidamente va a emerger una tendencia dominante en la Academia jurídica que se distinguirá por su apoyo sin apenas reservas a las decisiones del Gobierno español y del TC. Es sobre esta tendencia dominante, de la que resaltaré solo algunos ejemplos significativos a modo de ilustración, sobre la que importa poner el foco al interesarnos por el nacionalismo jurídico de la Academia española.

Del mismo modo que el TC se sale de su papel de árbitro imparcial de los conflictos normativos, entrando en una contienda política que es razonable pensar que no puede ser la de la justicia constitucional (al menos no de esa forma), los académicos expertos en derecho también van a desatender su función descriptiva y explicativa (analítica) de la realidad jurídica para embarcarse mayoritariamente en un proyecto de defensa de un orden constitucional que, si se atiende al perfil jurídico relativamente inofensivo de las actuaciones del ejecutivo y el legislativo catalán, no parecía en peligro. Y todo ello, por añadidura, a sabiendas de que la autoridad del TC llegaba muy dañada al inicio del *procés* tras la sentencia del Estatut y años de disputas políticas entre los dos principales partidos por su control. Es algo que, de hecho, reconocerá quien fuera magistrado del TC y miembro del Consejo de Estado, el profesor Rubio Llorente, en un artículo de opinión importante publicado en *El País* a finales de 2012: "El único efecto evidente de recordar lo jurídicamente obvio es el muy perjudicial de dañar la imagen del Tribunal, ya bastante dañada por el uso que de él se ha hecho en estos últimos años"[144]. Una constatación que, en realidad, podía hacer cualquier jurista español en el momento en que se inicia el proceso independentista. Quienes intervinieron en el debate que nos interesa eran conocedores, por lo tanto, de los problemas de politización que venía arrastrando el TC.

Creo que hay dos momentos particularmente interesantes y que permiten ilustrar idealmente el problema que me interesa en esta sección. El primero llega durante los primeros años del *procés* y todo indica que busca imponer en la opinión pública el relato jurídico sobre el derecho a decidir y su imposible encaje en el orden jurídico español. Va a verse apoyado, por lo demás, por numerosas intervenciones de políticos, filósofos, historiadores, etc., que se encargarán de reforzar la apariencia de peligrosidad del proyecto nacionalista catalán aludiendo a consideraciones políticas, económicas o morales. El segundo momento llega un poco más tarde, una vez que el TC empieza a resolver los recursos interpuestos por el Gobierno español contra las resoluciones parlamentarias y leyes catalanas. La función principal que va a tener la Academia jurídica en este segundo momento es avalar y legitimar la intervención del Tribunal y sus decisiones, en detrimento necesario —ha de subrayarse— de un análisis riguroso de lo que

estaba ocurriendo.

El relato jurídico sobre el derecho a decidir puede resumirse diciendo que para la Academia jurídica española se trata de un problema que no es político, sino de derecho[145]. O, por decirlo de otra forma, que el problema no puede encontrar solución en democracia por medio de la política, puesto que no lo tiene jurídicamente. El famoso y ya citado "ni quiero ni puedo" del presidente Rajoy puede verse como la versión política y banal de una tesis que la doctrina constitucionalista se encargará de desarrollar "científicamente", extrayendo de ella toda una serie de argumentos para el debate y consecuencias para el (no) encaje del derecho a decidir en el ordenamiento jurídico español.

De entrada, se va a negar que el derecho a decidir sea algo diferente del derecho de autodeterminación[146]. Los esfuerzos realizados por los arquitectos del derecho a decidir no van a ser tenidos en cuenta, pues se va a entender (no sin razón, al menos en parte)[147] que el concepto buscaba lo mismo que la autodeterminación, pero tratando de separarse del marco jurídico propio del derecho de autodeterminación (el derecho internacional), en el que, como ya se vio, las reivindicaciones catalanas no podían encontrar cobijo. La maniobra del nacionalismo catalán era hábil, pero también demasiado evidente como para no ser vista. Sobre todo, porque en el nacionalismo español podía imperar la tentación de huir del debate político rechazando una demanda de autodeterminación que podía entenderse ilegítima y falta de base jurídica al no ser Cataluña una colonia. La consideración del derecho a decidir como una trampa tras la cual se escondía en realidad el derecho de autodeterminación era operativa en el sentido de cerrar el debate rápidamente[148]: Cataluña no tiene reconocido un derecho a la autodeterminación en derecho internacional, pues no es una colonia, y forma además parte de un Estado democrático.

Si el derecho internacional no daba cobertura jurídica a la demanda del nacionalismo catalán, tampoco el derecho constitucional lo hacía. Se va a argumentar que el derecho a decidir (si se entiende como lo quieren sus defensores) no es un derecho existente en el ordenamiento jurídico español[149], por lo que tampoco habría base jurídica alguna que permitiera ejercitarlo. Esto es algo que evidentemente sabían los nacionalistas catalanes. De hecho, cuando estos defienden la existencia de tal derecho "como derecho" lo hacen por vía interpretativa, infiriendo de algunos de los principios fundamentales en el ordenamiento español (principio democrático, de participación política de los ciudadanos, por ejemplo) una serie de consecuencias que podían llevar a permitir el ejercicio del derecho a decidir. En otras ocasiones se presenta simplemente como una pretensión legítima en un sistema democrático, lo cual puede ser visto como una forma diferente de decir lo mismo. Ahora bien, incluso cuando el nacionalismo español acepta el debate en esos términos, se van a erigir una y otra vez obstáculos jurídicos insalvables. Con la diferencia importante de que esta vez los argumentos esgrimidos van a poder parecer mucho menos convincentes.

En efecto, lo cierto es que para quien no tuviese la menor intención de escuchar las reivindicaciones del nacionalismo catalán, lo mejor era interpretar el derecho a decidir como un derecho a la independencia y evitar el debate en términos de un derecho a preguntar por ella. Porque el debate cambia bastante[150] y los argumentos que podían valer en un caso ya no valen en el otro: si la

inexistencia de un derecho a la independencia o a la secesión es evidente tanto en derecho internacional como en derecho constitucional español, cuestión muy otra es la de saber si hay un derecho a preguntar por ella en una consulta popular, independientemente del nombre que se le quiera dar a esta. Ha de notarse que eso es lo que pedían los nacionalistas catalanes y así es como definían su derecho a decidir: un derecho a decidir la independencia o la permanencia en el Estado español, pero necesariamente precedido por un derecho a preguntar[151]. Por lo demás, el orden lógico de la secuencia política, se mire como se mire, solo da sentido al eventual derecho a la independencia si tras una consulta se comprueba que hay una mayoría favorable a ella. En caso contrario, no. El derecho a decidir quedaría así definido de manera más lógica y coherente con la posición del nacionalismo catalán (deformada de manera interesada por el nacionalismo español) primero como un derecho a preguntar por la independencia y, solo después, si el resultado es favorable, a tratar de negociar con el Estado español una solución acorde a esa preferencia expresada por los catalanes. Una solución que en su forma (jurídica) podría requerir una reforma constitucional (si se entiende que en el ordenamiento jurídico español no hay cauce para la independencia), pero eso es algo que nos sitúa ya en un segundo momento de la secuencia del "derecho a decidir". Lo primero y principal para sus promotores, porque por ahí empezaba todo, era por lo tanto consultar a los catalanes. Lo que viniera después dependería de esa consulta[152].

Comoquiera que el nacionalismo catalán no quedó satisfecho ni convencido con la negativa expeditiva del Gobierno español sobre la base de una imposibilidad jurídica, siguió insistiendo en la necesidad de una consulta pactada que, en su forma, no tenía por qué revestir problema alguno de constitucionalidad. No en vano el artículo 92 CE prevé la figura del referéndum consultivo, esto es, sin efectos jurídicos. Como ya vimos, el interés del nacionalismo catalán era llevar el debate al terreno político, en el que los cambios y transformaciones no encuentran más límites jurídicos que los de la voluntad. Y en esto el nacionalismo catalán tenía jurídicamente toda la razón: ni el referéndum consultivo supone problema alguno en derecho, en el sentido de que pueda entenderse que el resultado que se obtenga tiene capacidad para vulnerar la Constitución o cualquier otra norma jurídica, ni tampoco era posible argumentar que los cambios y transformaciones en el orden constitucional español (caso de considerarse necesarios) eran jurídicamente imposibles (punto, este, sobre el cual la jurisprudencia del TC le daba la razón, como ya se dijo). Pues bien, la Academia jurídica española se va a obstinar en generar la opinión pública contraria.

La tesis principal sobre el referéndum consultivo va a ser que este tiene efectos jurídicos[153]. Como ya se ha visto, la argumentación al respecto carece de la más mínima solidez jurídica, pero esa línea de defensa va a ser operativa a efectos de llevar el debate al terreno de la reforma constitucional, en donde la reivindicación catalana va a quedar en un callejón sin salida. En efecto, si un referéndum consultivo tiene efectos jurídicos, entonces uno sobre la independencia vulneraría los artículos 1.2, 2 y 168 CE, entre otros. El artículo 1.2 se entendería vulnerado porque una respuesta favorable en el referéndum afectaría a la soberanía del pueblo español (que se vería así amputada de un trozo, al implicar —según dicha argumentación— un resultado favorable la pérdida

inmediata de la soberanía de España respecto de Cataluña). Por igual razón se vería vulnerado el artículo 2 CE, al implicar también una ruptura de la unidad indisoluble de la nación española. Y si todo lo anterior se tiene por cierto, entonces también se habría vulnerado el artículo 168 CE, relativo a la reforma constitucional, pues la Constitución habría quedado reformada por el resultado obtenido en el referéndum consultivo sin haber hecho uso del procedimiento previsto para la reforma. Se trataría, pues, de una reforma constitucional encubierta. Por todo ello, la Academia jurídica española va a entender que la reforma constitucional es necesaria en el hipotético caso de que se quiera organizar un referéndum de independencia[154]. Ha de notarse que sobre este punto no hacía sino seguir la doctrina sentada por el TC en la sentencia 103/2008, que impedía que pudiera utilizarse el instrumento referendario fuera del procedimiento de reforma constitucional para preguntar por cuestiones que el Poder Constituyente ya había dejado resueltas en la Constitución[155]. De nada servirá, como se ha visto, que el nacionalismo catalán trate de preguntar buscando alejarse de la figura del referéndum, mediante una consulta no referendaria, pues los argumentos que se usaron para denegar el uso del referéndum consultivo también podían ser aplicables (de manera coherente si se acepta la validez de lo explicado sobre el referéndum consultivo) a cualquier otra consulta que no fuese sectorial, es decir que se dirigiese a todos los catalanes y no solo a un sector por razones profesionales, sociales o de otro tipo.

Llegados a este punto, vamos a poder observar dos actitudes diferentes y bien representadas en la Academia jurídica española. La de quienes no contentos con haber llevado el debate jurídico al callejón sin salida de la reforma constitucional (de imposible ejercicio tanto por su complejidad procedimental como sobre todo por la ausencia de voluntad en el nacionalismo español) van a explicar que esta tampoco es posible para modificar aspectos fundamentales de la Constitución, como los artículos 1.2 y 2[156]. Lo curioso es que aquí sí se va a argumentar contra la jurisprudencia del TC, que ha dejado sentado en numerosas ocasiones (inclusive durante el *procés*) que no hay nada que esté vedado para el poder de reforma constitucional.

Otra posición bien nutrida en la Academia jurídica, creo que más que la anterior sobre los límites materiales a la reforma constitucional (que cuenta con importantes nombres, pero un quizás menor seguimiento), es la que encontramos en aquellos juristas que van a señalar la gran rigidez del sistema constitucional español como principal problema en el conflicto político desencadenado por el *procés*[157]. Entre ellos hay incluso quienes durante cierto tiempo participaron en el debate con argumentos favorables al referéndum, antes de cambiar de opinión, quién sabe si arrastrados por la fuerza de la argumentación de sus colegas o, de manera más probable, por el cierre de filas nacionalista al que me estoy refiriendo en estas líneas[158]. Se verán así pasar argumentos como el de la mayor facilidad o flexibilidad (en ausencia de Constitución escrita) ofrecida por el ordenamiento jurídico británico para organizar un referéndum consultivo sobre la independencia, frente a la rigidez del español, dotado de una Constitución escrita que —se entiende; si no, el argumento no se sostiene— tendría que ser reformada para poder hacer lo mismo que en el Reino Unido[159]. Argumento falaz nuevamente, pues no faltan los ordenamientos jurídicos con Constitución escrita

(la evidencia empírica es incontrovertible al respecto) dotados, en el pasado o en la actualidad, de flexibilidad suficiente para organizar un referéndum de autodeterminación[160]. Por lo demás, ironías de la historia, cabría preguntarse qué vale exactamente ese argumento sobre la flexibilidad constitucional del Reino Unido en un momento como el actual, en el que el Gobierno británico ha rechazado organizar un nuevo referéndum de independencia y el Tribunal Supremo británico ha explicado que Escocia necesita la autorización del Gobierno británico para organizarlo. En el fondo, si se trata de entender lo que intento explicar, puede verse que siempre es una cuestión de voluntad política (querer o no querer), no de rigidez o de flexibilidad jurídica.

El relato jurídico generado por la Academia en los medios de comunicación queda en el fondo bien retratado en un temprano artículo de Rubio Llorente publicado en *El País*:

> A juzgar por lo que se dice y se hace, nadie parece desear un referéndum que permita verificar la amplitud y solidez de esa voluntad de independencia que los partidos nacionalistas atribuyen a los catalanes […]. Algunos colegas han sostenido además en la prensa que ese referéndum es jurídicamente imposible; unos pocos, con resignado pesar, porque según dicen les gustaría que hubiera podido hacerse; los más, con apenas disimulada satisfacción, porque de ningún modo quisieran que se celebrase[161].

Es un artículo tan valioso como poco citado. Sin sorpresa, pues en él expone la única tesis lógica y sólida en derecho sobre los referéndums consultivos (es decir, que estos no tienen efectos jurídicos, por lo que no pueden modificar o vulnerar por sí mismos ninguna norma jurídica)[162], además de mostrar con toda claridad la inadecuada forma con la que la Academia jurídica se había acercado al problema:

> No es sin duda el razonamiento jurídico el que determina la postura de quienes se oponen a la celebración del referéndum, sino un arma que algunos de estos utilizan para defenderla. Las razones de fondo son puramente políticas y en ellas hay una sorprendente coincidencia entre quienes se oponen a la celebración del referéndum y aquellos que quieren que el referéndum se celebre, pero obran de manera que lo hacen imposible[163].

Es importante notar que el relato jurídico dominante, rápidamente descrito en los párrafos precedentes, se consolida en el debate público en un momento (2012-2014) en el que el margen político para encauzar jurídicamente de manera ordenada las demandas del nacionalismo catalán parecía existir y poder ser utilizado. Es cierto que la jurisprudencia del TC había acotado ese margen en dos sentencias anteriores (103/2008 y 31/2010) al negar competencia al legislador autonómico para regular el instrumento referendario y remitir al procedimiento de reforma constitucional todas aquellas preguntas que pudiesen afectar a cuestiones ya zanjadas por el Poder Constituyente. Ahora bien, ni lo primero ni lo segundo cerraba completamente el paso a una eventual consulta sobre el futuro político de Cataluña. Primero, porque si la competencia legislativa en materia referendaria quedaba en las exclusivas manos del Estado, nada impedía que la consulta adoptara otra forma que la referendaria, que el legislador catalán la regulara y que el Gobierno catalán la utilizara. Segundo, porque la jurisprudencia del TC no

obligaba al Gobierno español al punto de impedir que este renunciara al uso del instrumento referendario del artículo 92 CE, lo cual llevaría a la absurda conclusión ya apuntada de hacer que este deviniese inconstitucional. La debilidad del razonamiento del Tribunal sobre este punto podía invitar a un Gobierno español con voluntad de enfrentar políticamente el problema como en el Reino Unido a entender que podía hacer lo mismo que el Gobierno de David Cameron.

Ahora bien, ese margen existente en los primeros compases del *procés* va a ir menguando a medida que el TC intervenga en el sentido que ya se ha indicado, vetando también la opción de la consulta no referendaria en refuerzo de su jurisprudencia. Y se va a hacer además con el apoyo de la mayor parte de la Academia jurídica, que va a juzgar positivamente la intervención del Tribunal. De hecho, este apoyo adopta ya la forma de "consejo" sobre lo que los órganos competentes tenían que hacer con los actos, demandas y normas catalanas antes de que estos se acaben pronunciando al respecto. Es lo que va a pasar, por ejemplo, con la declaración de soberanía de enero de 2013 y con la solicitud de cesión de la competencia estatal en materia referendaria que realiza el Parlamento catalán al español en enero de 2014. Los académicos juristas van a intervenir mayoritariamente señalando la única respuesta jurídica que, en su opinión, tenían que aportar el TC y el Congreso: la censura, en un caso[164], la negativa, en el otro[165]. En ambos casos por la inconstitucionalidad de lo resuelto (Resolución 5/X) o de lo que se solicitaba (cesión de competencia en materia referendaria).

Los comentarios publicados sobre las sentencias del TC van a seguir esa misma pauta. El primer caso, y quizás más significativo, por su nula trascendencia jurídica, es, como ya se ha visto, el de la declaración de soberanía del Parlamento catalán. En efecto, ha de recordarse que se trata de una resolución parlamentaria sin efectos jurídicos en la que se afirma el carácter soberano del pueblo catalán y se invita a los poderes públicos y al pueblo a ejercitar el llamado derecho a decidir. En ambos casos, tratándose de un documento sin valor jurídico, lo que en él se decía no podía (debía) entenderse de otro modo que como una aspiración o proyecto político. Ya vimos también lo problemática que puede considerarse la intervención del TC, entrando a conocer de un documento con valor meramente político. Pues bien, entre los académicos juristas lo normal va a ser avalar dicha intervención[166]. Incluso entre quienes, en mayor o menor medida, se va a reconocer que era problemático examinar un acto parlamentario sin efectos jurídicos, se va a acabar encontrando una justificación (política) con la que legitimar la actuación del Tribunal.

Para que se vea bien lo mucho que pesa la trascendencia política del caso (no se puede ocultar el carácter de gravedad que tiene desde el punto de vista político el inicio de un proceso independentista), puede ser útil reproducir la argumentación que ofrece un reconocido constitucionalista (catalán por añadidura) como Josep María Castellà. En ella se expresan primero las dudas sobre la idoneidad de la resolución como objeto de impugnación ante el Tribunal:

Uno de los aspectos más controvertidos ha sido la impugnación de las dos resoluciones impugnadas, dada la naturaleza jurídica de las mismas. Se trata de dos "propuestas de

resolución", aprobadas con base en los artículos 164 y 165 del Reglamento del Parlamento catalán. Son, pues, desde un punto de vista formal, actos de "impulso de la acción política y de gobierno" dirigidos al Gobierno y a la ciudadanía. Ello planteó una primera discusión de índole procesal en los dos procesos constitucionales: si debían ser admitidas a trámite sendas impugnaciones por tratarse de actos de impulso político, no normativos, y en consecuencia, tener un alcance meramente declarativo de la voluntad política de la institución que las aprueba[167].

Justo después expone la posición del Tribunal:

El Tribunal sostiene su justiciabilidad alegando: a) que expresan la voluntad del órgano del que emana; b) el carácter asertivo de las mismas, ya que "reclama[n] el cumplimiento de unas actuaciones concretas y este cumplimiento es susceptible del control parlamentario previsto para las resoluciones aprobadas por el Parlamento"; c) que son actos definitivos y no de trámite, que concluyen el procedimiento correspondiente de este tipo de actos; y d) que producen efectos *ad extra* que sirven para dar cobertura a otros actos normativos aprobados por las instituciones catalanas (argumentos contenidos en la STC 42/2014, FJ 2, y luego reiterados en la STC 259/2015, FJ 2, sentencias que resuelven las impugnaciones mencionadas). El hecho que dichas resoluciones pongan fin al procedimiento parlamentario correspondiente, que no es el legislativo, sino el de un acto de impulso, lo hacen distinto del caso alegado como precedente por los letrados del Parlamento catalán y por cierta doctrina: la decisión del Parlamento Vasco de admitir a trámite el proyecto de Estatuto político de Euskadi, presentado por el Gobierno Vasco en 2004, que fue impugnado por el Gobierno del Estado e inadmitido a trámite por el Tribunal (Auto 135/2004). Además, para los letrados del Parlament, de las resoluciones no se derivan los "efectos jurídicos concretos y reales" a los que aludía el Auto invocado. Para el Tribunal, dichas resoluciones tienen "siquiera indiciariamente" capacidad para producir efectos jurídicos (SSTC 42/2014 y 259/2015)[168].

Prosigue con lo que puede entenderse como una crítica (suave) respecto de la actuación del Tribunal:

La base de la admisión a trámite de las dos resoluciones y lo más discutible en términos constitucionales está, no obstante, en la atribución de carácter jurídico a tales resoluciones. El Tribunal se apoya en la distinción entre lo jurídico y lo vinculante ("lo jurídico no se agota en lo vinculante"). En su opinión, estamos [ante] resoluciones que producen efectos jurídicos, además de políticos: "se trata, por tanto, de un acto parlamentario que, sin perjuicio de su veste política, tiene también una indudable naturaleza jurídica" (STC 259/2015, FJ 2). Lo anterior merecería un razonamiento más claro en las dos sentencias comentadas, las cuales se limitan a señalar el reconocimiento que efectúan tales resoluciones en favor del Gobierno y el Parlamento catalanes de "atribuciones inherentes a la soberanía"[169].

De lo anterior podría entenderse que la argumentación del Tribunal no le ha parecido muy convincente a Castellà. En cualquier caso, entiende que esta debería haber sido más clara en este punto, sobre todo teniendo en cuenta —añadiría yo— que se estaba separando de su jurisprudencia anterior, en la que se rechazaba examinar actos parlamentarios sin efectos jurídicos *ad extra*. En la medida en que estaba iniciando un giro jurisprudencial importante (que luego se consolidará y agravará), lo atendible era ciertamente que aportara un razonamiento más sólido y claro. Pero no es esto lo que ahora me interesa. Importa solo notar cómo Castellà expone las reservas muy lógicas que podían

pesar desde el punto de vista jurídico para, acto seguido, salvar la actuación del Tribunal debido al potencial político "revolucionario" de la Resolución 5/X del Parlamento catalán:

A nuestro juicio, a la hora de ponderar la admisión a trámite por el Alto Tribunal de las resoluciones impugnadas, no se puede perder de vista un hecho decisivo, original de las mismas: aunque adoptan la forma de "propuestas de resolución" y siguen el procedimiento previsto para la aprobación de las mismas (argumento formalista al que se agarran los letrados del Parlament y la doctrina que lo apoya), su contenido, significado y relevancia políticos escapan de los que son propios de dicho tipo de actos parlamentarios y de la función de impulso u orientación política. Baste ver la significación que se les da, no ya por los grupos impulsores, sino por parte de los mismos órganos de gobierno de la Cámara y el relieve que alcanzan en la vida pública. Materialmente implican actos de naturaleza *sui generis*, que no parecen regulados específicamente ni por el Reglamento del Parlament ni por ningún otro Reglamento parlamentario (los cuales no suelen prever entre sus funciones la de declarar la independencia, atribución de soberanía o "apertura de un proceso constituyente"), y que no se corresponden con la función de impulso de la acción política, sino con una declarativa, de tipo revolucionario. Estamos ante sendas declaraciones de la voluntad del Parlament de llevar a cabo actos de un proceso que habría de culminar en la creación de un Estado propio. El éxito o no de cada resolución depende de la fuerza política real para hacerla efectiva de parte de las autoridades a las que se dirige, no de los efectos propios de la función parlamentaria de impulso. De ahí la pertinencia de su admisión a trámite, en el marco de un procedimiento tan amplio como el utilizado por el Gobierno del Estado —la impugnación del artículo 161.2 CE — que incluye actos impugnables muy variados ("disposiciones y resoluciones"), procedentes de las autoridades e instituciones de la comunidad autónoma[170].

En otras palabras, todo indica que llega un punto en que Castellá se olvida por completo del derecho y de su lógica particular (y exigente), pareciendo importar solo en su razonamiento en apoyo del Tribunal consideraciones políticas materiales a las que solo debería prestar atención, si acaso, en última instancia y nunca para desactivar lo que el razonamiento jurídico tendría que explicar al respecto: que esas resoluciones no existen jurídicamente, es decir, que son irrelevantes para el mundo del derecho.

Pero no queda ahí la cosa. Castellà no solo salva el razonamiento del Tribunal como queda ya expuesto, sino que va a mostrarse incluso elogioso hacia él en la conclusión de su comentario:

Ante el riesgo de aparecer como ariete en manos del Gobierno del Estado y de sufrir una deslegitimación institucional (real en ciertos sectores de la opinión pública catalana), el Tribunal ha resuelto en plazos breves y por unanimidad las impugnaciones y recurso planteados (lo que ciertamente no contribuye a la precisión y coherencia doctrinal de las sentencias), evitando así hacer seguidismo del Ejecutivo en sus pretensiones.

[…]

Asimismo, el Tribunal lleva a cabo un ejercicio práctico de autocontención en el momento de declarar inconstitucionales las resoluciones o las normas impugnadas, optando por circunscribir la inconstitucionalidad a aquellas disposiciones o partes de la resolución que son insalvables en términos de adecuación a la Constitución, e interpretando conforme a esta el resto de preceptos impugnados, ni que sea al precio de forzar su significado y

descontextualizarlo171.

"Contención", ausencia de "seguidismo"… Como puede apreciarse, a pesar de la crítica suave que se le hace, el Alto Tribunal sale muy bien parado del comentario. Una intervención jurídicamente injustificable, que nunca debió ocurrir, se acaba así presentando como una actuación judicial virtuosa.

Esta es *grosso modo* la pauta que sigue la Academia jurídica con la sentencia del TC sobre la declaración de soberanía catalana. No son muchas, de hecho, las voces discordantes y críticas, en mayor o menor medida, con dicha intervención del Tribunal entre los académicos juristas172. Es más, entre el grueso de los académicos, las voces discrepantes no van a discutir tanto la pertinencia de la actuación del Tribunal al aceptar examinar la constitucionalidad de la resolución, sino más bien (y con razón, todo sea dicho, pero esto es muy significativo de lo que vengo explicando) el uso de la interpretación conforme con objeto de salvar el contenido de la segunda parte de la resolución, la que se refería al derecho a decidir173. Sobre este asunto, el Tribunal decide interpretar el derecho a decidir como una aspiración política legítima en una democracia no militante como la española, recordando con todo que su consecución debería respetar el marco constitucional español y su procedimiento de reforma174. Y comete nuevamente un error que se le ha podido reprochar con razón. En efecto, la técnica de la interpretación conforme solo tiene sentido, como parte de una razonable lógica de conservación de los actos normativos producidos por el legislador, respecto de normas jurídicas, no para conservar en el orden jurídico resoluciones parlamentarias que ni siquiera tienen capacidad para penetrar en él, al carecer de validez y efectos jurídicos. Pues bien, al hacer uso de la interpretación conforme, pudiera pensarse que el Tribunal le da valor jurídico al derecho a decidir, consagrando así en el fondo un derecho hasta entonces inexistente en el orden jurídico español175. Es la tesis que han podido defender también juristas en la órbita del nacionalismo catalán176. Entiendo que erróneamente, pues si bien el Tribunal se muestra cuando menos torpe en su uso de la interpretación conforme, lo cierto es que no tenía tampoco el poder de juridificar el derecho a decidir, de crear un derecho interpretando una resolución sin efectos jurídicos, porque esto, simple y llanamente, no es posible en el caso que nos ocupa. Si tal hubiese pasado, es de suponer que ese derecho habría podido ser ejercitado, invocado ante algún tribunal en caso de que los poderes públicos obstaculizaran su ejercicio, etc. Nada de eso ha pasado, pues el derecho a decidir se quedó en la dimensión política en la que estaba en la Resolución 5/X del Parlamento catalán y en la que también la colocó el TC177. El error cometido por este no tenía capacidad para darle naturaleza jurídica a ese acto. Lo contrario, por añadidura, habría supuesto contradecir toda su doctrina desplegada durante el *procés*.

Idéntica situación tenemos tras la STC 31/2015 en la que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la ley de consultas populares no referendarias antes analizada. Se trata de entrada de un asunto en el que la intervención del Tribunal, a diferencia del caso anterior, no plantea problema alguno, pues se ha de pronunciar sobre la constitucionalidad de una ley (que sí tiene, es claro, efectos jurídicos). Es por lo tanto normal que el Tribunal entre en el examen de fondo de la norma impugnada. El problema que la Academia jurídica pasa por

alto en este caso, como el propio Tribunal, es la capacidad de la ley impugnada para vulnerar preceptos constitucionales como los de los artículos 1.2, 2, 23 y 168 en su regulación de consultas que en ningún caso tienen efectos jurídicos ni carácter decisorio, como lo recordaba acertadamente Rubio Llorente.

La gran mayoría de los académicos va a entender que el Tribunal hacía lo único que podía hacer ante esa ley. Primero, dando por bueno su razonamiento sobre el "referéndum encubierto" que, en opinión del Tribunal, como ya se vio, se trataba de regular bajo la apariencia de una ley de consultas no referendarias[178]. Al igual que los magistrados constitucionales, la Academia no va a mostrar la menor comprensión hacia el legislador catalán en su intento de regular algo diferente de un referéndum. Nuevamente parece pesar más el aspecto material del asunto (el qué) que los aspectos formales (el cómo) para definir las consultas no referendarias como auténticos referéndums[179]. No faltará de hecho quien en el debate critique un exceso de formalismo (el colmo, de hecho, cuando se argumenta desde un kelsenianismo una y otra vez reivindicado) en la posición de quienes explicaban lo contrario que ellos.

Derivado lógicamente de lo anterior, se va a considerar, en un segundo lugar, que el Tribunal hace lo correcto al seguir su propia jurisprudencia (SSTC 103/2008 y 31/2010) en el examen del caso, avalando de este modo su opinión sobre la extralimitación competencial del legislador catalán, incompetente según la Constitución española (artículos 92 y 149.1.32) y su propio Estatuto de Autonomía (artículo 122 según la interpretación de la STC 31/2010). Si aquello que la ley regulaba era la figura referendaria, entonces el legislador catalán se había extralimitado al haber el Tribunal dejado claro en sentencias anteriores que tanto la reserva genérica de ley orgánica como la específica del artículo 92 dejaba en las exclusivas manos del legislador estatal el desarrollo legislativo del instrumento referendario. Una competencia estatal que se extendía a la entera disciplina de la materia y no solo a su autorización, como la lectura del artículo 149.1.32 podía dejarlo pensar. Se acepta todo este razonamiento sin la menor de las reservas, aun cuando, como ya se ha dicho, se sabe que la reserva genérica de ley orgánica no ha impedido que la materia electoral, el Defensor del Pueblo o la iniciativa legislativa popular, todas ellas materias concernidas por la reserva, material de ley orgánica que pesa sobre los derechos fundamentales (artículos 14 a 29 y 30.2 CE), haya sido objeto de desarrollo legislativo (ley ordinaria) por parte del legislador autonómico, dejando así una situación en la que las leyes orgánicas estatales (LOREG, LODF) conviven en armonía con las leyes ordinarias regionales que regulan la misma materia únicamente para el ámbito autonómico (elecciones regionales, Defensor del Pueblo regional, iniciativas legislativas populares ante Parlamentos regionales). Puede pensarse que este hecho o dato habría debido llevar a la Academia a expresar alguna reserva sobre el razonamiento del Tribunal, o cuando menos a subrayar que en este caso se aparta de lo que parecía ser una doctrina constitucional pacífica y consolidada sin mencionar siquiera las razones que lo llevan a alejarse de ella. De nuevo aquí, se echa en falta un enfoque científico, más atento a analizar y explicar los movimientos del Tribunal que a justificarlos.

Lo que parece subyacer en el fondo de este enfoque seguido por la Academia jurídica es permanentemente la cuestión material (el qué, en este caso preguntar

por la independencia), que condiciona sobremanera la posición que se va a adoptar sobre aspectos formales esenciales. Como ya se comentó, la impresión que queda es que se quiere evitar a toda costa un referéndum sobre la independencia en Cataluña, sin importar que este tenga efectos jurídicos o no, y que, por lo tanto, pueda o no vulnerar preceptos constitucionales fundamentales. Ahora bien, puestos a poner en la balanza esa importante cuestión, lo atendible jurídicamente habría sido explicar que un referéndum consultivo de los del artículo 92 CE, del mismo modo que una consulta no referendaria, no podía vulnerar materialmente nada de lo contenido en la Constitución. No se trata en realidad de un enfoque excesivamente formalista. Al contrario, atiende solo a las posibles vulneraciones materiales de la Constitución. Lo que ocurre es que nada de lo que pueda resultar inmediatamente de un referéndum consultivo o de una consulta no referendaria es derecho, no teniendo por ello capacidad para cambiar por sí solo el orden jurídico[180].

Aquello que parece temerse, más bien, es el efecto político que podría tener una consulta o un referéndum en Cataluña, sobre todo en caso de resultado favorable para el nacionalismo catalán. Y para evitar ese molesto problema (nadie duda —creo— que lo sería), intervienen los actores jurídicos (académicos inclusive) sacándose de la chistera naturaleza y efectos jurídicos para actos y cosas que no pueden tener más que mediante el uso de la fuerza. Una vez que se inventan efectos jurídicos para actos o hechos que se mueven en la esfera política exclusivamente, puede empezar a construirse esa doctrina constitucional de excepción, confeccionada a medida para luchar contra un nacionalismo rebelde. La Academia jurídica habría podido y debido permanecer al margen de la tan poco ejemplar actuación en un Estado de derecho, pues nada habría cambiado, de tan asegurada como estaba la victoria del Estado. Ha preferido seguir el mal ejemplo del TC y ser un soldado más en las filas prietas del nacionalismo español.

## 4.5. La conclusión estaba ya en la premisa

En el mundo del derecho, tal y como se nos explica al menos en los manuales, la solución no se encuentra nunca predeterminada. Están los hechos, que se han de poder identificar como subsumibles en las normas aplicables, y en ese proceso de adecuación de hechos a derecho hay una multitud de consideraciones técnicas (muchas de ellas formales: pensemos en el criminal notorio al que el juez ha de liberar por un vicio de forma en el proceso) que pueden llevar a que lo que podía parecer evidente para el profano en derecho (que el criminal ha de ir a la cárcel) lo sea, pero en sentido contrario, para el jurista.

Desde esa concepción del derecho que solemos todos compartir en nuestros sistemas democráticos es desde la cual ha de examinarse lo ocurrido durante el *procés*. Claro que se trata de un enfoque desagradable en este caso. Quizás tanto, de hecho, como cuando nos encontramos en la situación de tener que liberar a un violador por algún vicio de forma durante el procedimiento judicial. No cabe duda de que el nacionalismo catalán ha puesto al Estado frente al mayor desafío político (tanto por su duración como por la solidez del movimiento) que ha

conocido en lo que va de democracia. También ha de reconocerse que el proyecto independentista, con la ruptura de la unidad nacional que conllevaría, tiene una gran capacidad para provocar en el conjunto de la ciudadanía española (responsables políticos incluidos) un rechazo epidérmico muy comprensible. Como comprensible es —lejos de idealismos— que un conflicto nacionalista de las características del vivido en España acabe generando un debate público y político en el que pesen más las voces más radicales que las más moderadas. Todo esto se ha de entender, pero también situar en la esfera que es la suya: la de la política. Una esfera en la que no rige la lógica del derecho.

En política importan cosas como la oportunidad, la eficacia, la utilidad o la finalidad buscada. Y a menudo esas cosas priman sobre cuestiones de forma. Véase el ejemplo de los decretos-leyes o del procedimiento de lectura única de las leyes. Podría tomarse el tiempo que se considera formalmente necesario para aprobar una ley, pero, por razones políticas, mejores o peores, más honestas o menos, se decide acelerar los tiempos de creación de una norma con rango de ley, aun a riesgo de aprobar (con las prisas) leyes peor hechas. La crítica que desde la esfera jurídica ha podido formularse contra el abuso de ambos instrumentos ilustra bien lo que quiero decir.

En el mundo del derecho las formas son fundamentales. En el mundo de la política, si las formas molestan para alcanzar un objetivo, se busca una manera de hacer que no sean un problema. Estamos en el fondo —y utilizo a propósito un ejemplo grueso para que se vea con total nitidez— en la misma situación del juez que condena a un criminal aun teniendo constancia de un grave vicio procesal, porque sabe que el acusado es culpable y no vale la pena complicarse con formalismos. ¡Al diablo el vicio de forma! Si es culpable, es culpable y punto. Esta es la lógica política que ha expuesto con lucidez Xacobe Bastida en un trabajo relacionado con nuestro tema[181]. Y, todo sea dicho, esa lógica no resulta especialmente chocante en política: si se quiere algo, hay que encontrar el medio de obtenerlo. Pueden ser vacunas, financiación u otra cosa. De alguna manera, el fin sí justifica (hasta cierto punto) los medios en política. Ahora bien, esta lógica repugna en el mundo del derecho. Pero es la que domina en la respuesta del Estado al *procés*.

En efecto, lo que he expuesto en este capítulo muestra con claridad suficiente que había desde mucho antes del inicio del proceso independentista una voluntad deliberada de detener cualquier intento de ruptura de la unidad nacional por parte de los nacionalismos vasco y catalán. No ha de olvidarse que cuando el *procés* echa a andar, el Estado ya había empezado a tejer el relato jurídico útil a efectos de paralizar cualquier intento de organización de un referéndum. Un referéndum —necesario es recordarlo— que no debería soliviantar a nadie en una democracia consolidada como la española y que, por añadidura, no tenía capacidad para afectar lo más mínimo al orden jurídico español. Podía, sí —como ya se ha dicho—, poner al Estado en una situación incómoda, en la que tendría quizás que negociar a regañadientes alguna concesión en aras de evitar daños mayores, pero muy probablemente nada más. Nada más jurídicamente. La ruptura de la unidad nacional solo podía producirse con el visto bueno del Estado, produciendo aquellos actos —estos sí jurídicos— destinados a ordenar dicho proceso. Y aquí es donde entra en juego el

nacionalismo jurídico: para evitar la eventualidad que el juego democrático (siempre sujeto a reglas, es cierto, pero también a la incertidumbre) podía deparar, lo más rápido, eficaz y sencillo era alterar sobre la marcha las reglas conocidas hasta el momento, o crear algunas nuevas de manera sorpresiva, para hacer que pareciera jurídicamente imposible por inconstitucional algo que no planteaba el menor problema jurídico: la organización de un referéndum consultivo en el que pulsar la preferencia política de los catalanes.

Muy representativo del tortuoso proceder del nacionalismo jurídico español en este caso me parece al respecto el comentario del constitucionalista Josu de Miguel, cuando dice en un artículo en el que repasa la actuación del TC durante el *procés* que:

[L]a jurisdicción constitucional está poco preparada, instrumentalmente hablando, para hacer frente a todo el arsenal normativo que se ha ido innovando desde el independentismo desde hace casi un lustro: resoluciones políticas sin aparentes efectos jurídicos pero con gran fuerza interpretativa, leyes cuya entrada en vigor se condicionaba al cumplimiento de circunstancias futuras, normas con contenido autonómico pero pretensión de estatalidad o, llegado el caso, reformas organizativas que pretenden instaurar Gobiernos virtuales182.

Y añade luego:

Pese a todo, parece que todas estas medidas no son suficientes para contener la deriva secesionista. Acaso porque, como hemos revelado a lo largo de esta crónica, las doctrinas del propio TC en referencia a asuntos clave como la inexistencia de límites a la reforma y las obligaciones derivadas de la fidelidad constitucional, o el malentendido alrededor de la democracia militante, probablemente han servido para avalar, más que aquietar, aquellas ideologías que, cabalgando sobre el voluntarismo democrático, creen que la política puede terminar imponiéndose al derecho183.

Es un comentario que, en la parte relativa a la comprensión del debate democrático, parece darle al derecho la misión de achicarlo. Pero el comentario tiene aquí la virtud de mostrar con total claridad la perversidad y el cinismo manejados por el nacionalismo jurídico español. Pues lleva ciertamente razón Josu de Miguel: la política puede terminar imponiéndose al derecho. Pero no la que él dice (la catalana), sino la política (con sus innovaciones y ocurrencias jurídicas) del nacionalismo español.

## 5.1. Introducción

El *procés* se termina a finales de 2017 con la declaración de independencia simbólica del Parlamento catalán. Y se termina con una victoria clara del Estado sobre el independentismo. Tras dos consultas unilaterales e ilegales (2014 y 2017) y unas elecciones proclamadas como "plebiscitarias" sobre la independencia (2015), el nacionalismo catalán llega al final de su huida hacia adelante iniciada en 2015 con la llamada vía unilateral habiendo mostrado que no tenía nada de lo que se necesitaba para emprender ese camino: ni una determinación suficiente por parte de sus líderes para asumir los riesgos personales y colectivos que esa vía implicaba en términos de control efectivo del territorio (me refiero al riesgo de un conflicto violento), ni unas bases lo suficientemente radicalizadas como para empujar a sus líderes en esa dirección o tomar directamente el control de las operaciones, ni tampoco la mayoría social y política aplastante que hubiera quizás cambiado lo primero y lo segundo. Llegado el momento de la verdad, en septiembre y octubre de 2017, no se había creado nada ni trabajado para poner en marcha ninguna de las "estructuras de Estado" que se supone que debía tener el movimiento independentista a su disposición en su confrontación con el Estado español para poder hacer efectiva la independencia. En definitiva, el independentismo se desinfla y muestra que, como en una partida de cartas, lo había apostado todo a un farol. Un farol, por añadidura, del que eran conscientes todos los que jugaban la partida, sabedores de que no tenía cartas para jugarla. Sea como fuere, y por más que en el seno del nacionalismo catalán se haya preferido hacer lecturas positivas o de vaso medio lleno de la experiencia, lo cierto es que su fracaso político es tan claro como estrepitoso. Su vuelta a un autonomismo *emprenyat* (cabreado) o a regañadientes ha sido muy evidente (por más que por cuestiones estéticas o electorales lo haya negado) y certifica que el proceso independentista iniciado en 2012 se termina en 2017.

Con una victoria tan clara y contundente puede pensarse que el

nacionalismo español habría podido quedar satisfecho. Se confirmaba lo que se había afirmado durante largos años, que la unidad nacional era indisoluble, a prueba de cualquier desafío independentista. Pero ahora, además, se había demostrado con hechos. Podía, pues, asistir tranquilo a la lucha interna que se estaba ya produciendo, resultado de la frustración, en el seno del movimiento independentista en los días posteriores a la consulta del 1 de octubre de 2017, con reproches cruzados entre los diferentes partidos independentistas y una decepción por parte de las bases sociales que no tardaría en convertirse en resignación y desmovilización. Pero parece que una victoria política de tal magnitud no podía dejar satisfecho a un nacionalismo español herido en su orgullo y, por lo visto, sediento de venganza. Razón por la que, en lugar de frenar la ofensiva policial y judicial ya en marcha, el Estado va a intensificar su lucha contra un independentismo vencido, esta vez por la vía penal. No era suficiente que los líderes independentistas hubiesen vivido lo que puede ser visto como una humillación política o dejar que fuese la propia militancia independentista la que se encargase de darles el castigo político merecido. Todo indica que el nacionalismo español siente la necesidad de ir más lejos en busca de un escarmiento ejemplar. Va a ser la fase del conflicto (con el *procés* ya acabado) durante la cual el nacionalismo español va a perder de manera más clara y cruel toda noción de Estado de derecho y democracia, forzando hasta extremos quizás difícilmente imaginables años atrás la interpretación de su propio derecho. El fin (la venganza y el escarmiento ejemplar) tenía que justificar los medios.

Al hablar de nacionalismo, suele pensarse que la versión banal del fenómeno teorizada por Billig[184] representa una suerte de grado cero en la escala de intensidad. Pero creo que esto es muy discutible, como ya indiqué en el primer capítulo[185]. Puede de hecho ilustrarse con la reacción del Estado en los últimos compases del *procés*, que son los que van a desencadenar la furia penal del nacionalismo español. Si atendemos a la intensidad del sentimiento nacional herido y a la exageración con la que se evalúa la gravedad de los hechos cometidos por el nacionalismo catalán, lo cierto es que nos encontramos rozando los niveles máximos en la escala de medición de intensidad del nacionalismo. Al menos en democracia. La experiencia conocida ha mostrado que el nacionalismo puede ir mucho más lejos de lo que ha ido el español en su reacción frente al movimiento independentista catalán. Podrían traerse a colación aquí ejemplos numerosos de persecución étnica, expulsión o genocidio. O simplemente la guerra (el uso de la fuerza) invadiendo territorios y pueblos extranjeros por motivos de interés nacional. Ahora bien, la pregunta que debemos hacernos es si puede ir tan lejos un nacionalismo en un sistema democrático. ¿Puede permitirse esos niveles de intensidad nacionalista? Si pensamos que no —y creo que muchos seremos los que así pensemos—, entonces puede considerarse que el nacionalismo español ha estado jugando con los límites de lo permisible, con el máximo de intensidad nacionalista aceptable en una sociedad civilizada y democrática. Hablamos de un punto en el que el nacionalismo instrumentaliza el derecho en su versión menos amable o más cruel (la penal) haciendo pasar su deseo de un escarmiento ejemplar a quienes lo desafiaron por una reacción normal y hasta deseable en un Estado de derecho.

Unas actuaciones tan graves como las que se llevaron a cabo en España por

la vía penal contra los líderes independentistas principalmente (las bases no quedaron libres de ellas), perseguidos por delitos de rebelión y sedición, necesitaban un relato jurídico capaz de justificarlas. Y aquí vuelve a jugar un rol fundamental el nacionalismo jurídico, en su versión judicial (esta vez en la justicia ordinaria, si bien la constitucional había marcado el ejemplo a seguir) y en su versión académica. Es este nacionalismo jurídico, que nos va a interesar en este capítulo, el que se va a encargar de normalizar y justificar la tan irregular causa penal por rebelión y sedición contra los líderes independentistas. Una actuación penal sobre la que el profesor Ferrajoli se expresará en los siguientes términos: "Una vergüenza, un residuo de la época fascista"[186]. Nótese el contraste con la valoración que hace de la sentencia otro eminente jurista, pero este español y presidente de la Real Academia Española: "El resultado de su trabajo [se refiere a los magistrados del Tribunal Supremo (TS)] es, a mi juicio, una sentencia jurídicamente irreprochable"[187].

En lo que sigue, voy a tratar de presentar brevemente los hechos que dan lugar a la causa penal contra la cúpula independentista ante el TS, antes de interesarme por la construcción del relato jurídico que el nacionalismo español necesitaba para proceder como lo hizo y de centrarme, de manera algo más extensa, en el análisis de algunos de los problemas que plantea la instrucción y el enjuiciamiento de los líderes independentistas ante el TS.

## 5.2. Los hechos

El cierre de la fase dialogada del *procés* da paso a la de confrontación, a la llamada vía unilateral, que comienza en los meses que preceden las elecciones de septiembre de 2015. La victoria de la mayoría independentista abre, como ya se vio, un proceso político de "desconexión" con el Estado español, con diferentes actos preparatorios en aras —se afirmaba— de alcanzar la independencia de manera unilateral. Se van a aprobar a esos efectos toda una serie de decisiones que transitan por el Parlamento catalán: la Resolución 1/XI, de 9 noviembre 2015, sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015, para la creación del Estado catalán independiente; la Resolución 5/XI, de 20 de enero de 2016, para la creación de una Comisión de Estudio del Proceso Constituyente; la Resolución 306/XI, de 4 de octubre de 2016, donde se volvía a proclamar el derecho de autodeterminación de Cataluña, instando al Gobierno a iniciar la consulta democrática y a aportar para ello todos los recursos necesarios; la Resolución 807/X1, de 7 de septiembre de 2017, por la que se designaron los miembros de la Sindicatura Electoral del referéndum unilateral proyectado. Son todos actos parlamentarios que serán inmediatamente suspendidos, luego anulados por el TC. Por lo demás, este venía ya apercibiendo a las autoridades catalanas desde la consulta participativa de noviembre de 2014 de su obligación de acatar sus decisiones y de no hacer nada de lo que le había prohibido hacer en los meses precedentes en relación con el proceso independentista.

Cuando llegan los días clave del 6 y 7 de septiembre de 2017, en los que el

Parlamento catalán aprueba las leyes de referéndum[188] y de transitoriedad jurídica y fundacional de la República[189], hacía ya tiempo, por lo tanto, que la situación de confrontación política y de contencioso jurídico permanente ante el Tribunal Constitucional había empezado, con las consiguientes declaraciones de condena del Tribunal por desobediencia de las autoridades catalanas a sus requerimientos e inconstitucionalidad de sus actuaciones. En efecto, ha de recordarse que el expresidente Mas ya va a ser condenado (con dos de sus ministros), en relación con la consulta participativa de noviembre de 2014, en marzo de 2017 por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por desobediencia a los requerimientos del TC. Su condena será de dos años de inhabilitación y una multa de 36.500 euros. La desobediencia de las autoridades catalanas en todo lo relativo a los actos preparativos del proceso constituyente catalán encontraba así una sanción penal que podía parecer razonable y proporcionada (sobre todo si se compara con lo que vendrá luego), y que marcaba en cualquier caso un precedente judicial que podía ser tenido en cuenta por las partes en el conflicto.

Cuando a principios de septiembre de 2017 el nacionalismo catalán decide impulsar las dos leyes aprobadas los días 6 y 7, su inconstitucionalidad resultaba muy evidente. Más, si cabe, que en casos anteriores. En efecto, nos encontramos con leyes que se presentan como normas que están ya fuera del marco jurídico español. Si en el caso de la ley de referéndum esto puede ser aún discutible, pues todavía se argumenta sobre la base del derecho constitucional español, su Constitución y, especialmente, su adhesión las normas de derecho internacional relativas a la autodeterminación de los pueblos, lo cierto es que la interpretación que se hace de él sí está en abierta contradicción con la doctrina constitucional española, que, como ya vimos, no entiende el derecho internacional aplicable en estos supuestos a un caso como el de Cataluña. Pero peor era, desde luego, desde el punto de vista de su inconstitucionalidad, la Ley de transitoriedad, pues esta se presentaba directamente como una norma ajena al orden jurídico español y con vocación inmediata de ejercer el papel de norma suprema en Cataluña hasta la aprobación de una futura Constitución catalana una vez obtenida la independencia ("Hasta que se apruebe la Constitución de la República, la presente Ley es la norma suprema del ordenamiento jurídico catalán")[190]. Evidentemente, nadie, ni en el bando independentista ni en el unionista, podía pensar que dichas leyes podrían servir de base jurídica a todo lo que iba a venir después. Según lo previsto, las leyes serán automáticamente suspendidas por el TC y posteriormente anuladas. Estamos, por lo tanto, ante un enésimo desafío político, uno de los últimos, con el que el nacionalismo catalán parecía tratar de forzar al Estado español a hacer algo, ya sea en sentido favorable a sus aspiraciones, mediante la negociación de algún acuerdo político con el que salir de esa situación de confrontación (será de hecho la explicación y descripción de los hechos que dará el Tribunal Supremo en su sentencia, como veremos), ya sea en sentido negativo, mediante una represión del movimiento independentista que el nacionalismo catalán podía pensar que acabaría siendo favorable también a sus intereses. Como se sabe, los cálculos que, con toda probabilidad, se hicieron desde el nacionalismo catalán en esa recta final del *procés* fallaron, pues ni hubo negociación ni la represión del Estado español (ampliamente desplegada y aceptada por el resto de los Estados y actores internacionales) tuvo las

consecuencias favorables que el nacionalismo catalán pensaba que podría tener.

Sea como fuere, esas son las dos leyes que van a ser tenidas en cuenta en el proceso penal contra los líderes independentistas. Se va a añadir a esto el referéndum ilegal del 1 de octubre, celebrado contra los apercibimientos del TC. La jornada se verá marcada por las cargas policiales en determinados centros de votación, lo cual va a poder darle una mayor apariencia insurreccional a la consulta, que las autoridades españolas aprovecharán en la causa penal que nos va a interesar después. La consulta, como se sabe, se termina con una participación del 43% y un voto favorable a la independencia (el 90%). El unionismo había boicoteado la campaña y los resultados muestran que también la consulta, en la se expresaron casi exclusivamente los votantes independentistas.

Finalmente, entre los hechos tenidos en cuenta en la causa penal abierta contra el Gobierno catalán y la presidenta y miembros de la mesa del Parlamento también se van a encontrar las declaraciones de independencia de los días 10 y 27 de octubre realizadas respectivamente por el presidente del Gobierno catalán y el Parlamento. Como se expresará en la sentencia del TS: "Esa simbólica e ineficaz declaración de independencia fue el desenlace de un proceso de tramitación legislativa que se desarrolló en abierta y contumaz oposición a todos los requerimientos formulados por el Tribunal Constitucional"[191].

Entre medias, van a producirse numerosas actuaciones policiales (registros, arrestos, etc.). De todas ellas, importa mencionar la que lleva a cabo la policía judicial por orden del Juzgado de Instrucción nº 13 de Barcelona en la Consejería de Economía catalana en Barcelona el 20 de septiembre de 2017, pues será seguida de una manifestación independentista coordinada por la ANC y Òmnium Cultural que les valdrá a sus respectivos presidentes, Jordi Sánchez y Jordi Cuixart, sentarse junto a la cúpula independentista (Gobierno y mesa del Parlamento) en el banquillo de los acusados en la causa penal que se abrirá contra todos ellos por rebelión, sedición y otros delitos menores. La propia sentencia del TS recogerá en la exposición de los hechos probados que la contribución de Jordi Sánchez y Jordi Cuixart, como líderes del movimiento social independentista, "resultaba decisiva para los fines ideados"[192]. Así lo recoge la sentencia, al subrayar que "estos actos fueron promovidos, dirigidos y queridos por los acusados Sres. Sánchez y Cuixart, que mantuvieron la convocatoria hasta las 00,00 horas"[193]. Son, en total, 15 horas, según la exposición de los hechos probados, durante las cuales habrá una manifestación independentista cifrada en unas 40.000 personas (según la sentencia del TS) en frente del edificio de la Consejería de Economía donde la comitiva judicial estaba realizando su registro, dificultando así tanto el acceso a él como la posterior salida de este, y ocasionando destrozos en varios vehículos de la Guardia Civil aparcados en las inmediaciones de la Consejería de Economía. La jornada se termina con varios altos cargos de la Generalitat detenidos, con una gran tensión por los problemas que la manifestación provoca para el quehacer de la policía judicial y los desperfectos mencionados en varios coches de la Guardia Civil.

Estos son, brevemente, los hechos que van a dar lugar a la causa penal por rebelión y sedición contra los líderes independentistas ante el TS: la aprobación de dos leyes inconstitucionales, la organización de un referéndum prohibido y declarado ilegal, la declaración simbólica de independencia de los días 10 y 27

de septiembre y, finalmente, la manifestación del 20 de septiembre enfrente de la Consejería de Economía, que será vista como un alzamiento popular. Considerados en su conjunto, y habida cuenta del carácter pacífico que el movimiento independentista ha mantenido a lo largo de los cinco años que dura el *procés* (algo que de alguna manera forma ya parte del folclore del nacionalismo catalán), resulta difícil entender cómo se pudo llegar a abrir un procedimiento penal por rebelión (artículos 472 y ss. CP) y sedición (artículos 544 y ss. CP), dos delitos graves que implican el uso de la violencia o la fuerza. Aquí era seguramente necesario un relato jurídico de los hechos que allanara el camino hacia la causa penal y preparara a la opinión pública a lo que vendría después.

### 5.3. La construcción del relato: tenía que ser un golpe de Estado

La distancia tan grande que separa los hechos brevemente descritos en el apartado anterior de lo que convencionalmente se considera un golpe de Estado, con la violencia y el uso de la fuerza (militar) que lo caracteriza, hacía, sin duda, necesario construir un relato capaz de explicar que la violencia a la que se había asistido por parte del nacionalismo catalán era suficiente para merecer un castigo penal grave, lo que permitiría, al fin y al cabo, establecer una conexión entre dichos hechos y la figura del golpe de Estado (y, por analogía, la rebelión). Lo que en un uso convencional de la expresión no podía convencer a nadie mínimamente honesto e informado, trataba de introducirse en el debate usando un conocido enfoque de teoría de derecho (su principal referencia es Hans Kelsen) cuya interpretación se forzaba para hacer encajar los hechos de septiembre y octubre de 2017 en la figura del golpe de Estado jurídico. Si el jurista conseguía que esta tesis fuese verosímil, entonces se habría dado un paso importante en aras de que se entendiera que lo que los independentistas habían hecho podía perfectamente merecer la calificación de rebelión y sedición. En suma, si eran "golpistas", parecía lógico y coherente verlos también como "rebeldes" y "sediciosos".

Aquí es donde juega un papel fundamental la *intelligentsia* del nacionalismo español, especialmente la Academia jurídica, que será la encargada de dar caución científica a la tesis según la cual se había producido un golpe de Estado en toda regla en los términos descritos por ese gigante de la ciencia jurídica que fue Kelsen[194].

El uso de la expresión "golpe de Estado" para referirse a lo que estaba tramando el nacionalismo catalán es de hecho anterior a los acontecimientos de la recta final del *procés*. El ministro de exteriores Manuel García-Margallo se había referido ya en 2012 al proyecto de referéndum del presidente catalán Mas en esos términos, al afirmar que la organización de un referéndum de autodeterminación sería "un golpe de Estado jurídico"[195]. Es un ejemplo entre muchos otros. La expresión va a ser retomada por numerosos intelectuales españoles (historiadores, periodistas, filósofos, etc.) en un sentido más convencional en reacción a las dos leyes aprobadas por el Parlamento catalán los días 6 y 7 de septiembre de 2017. Se va a hablar así en los medios de comunicación de un golpe de Estado a secas y,

en ocasiones, incluso haciendo mofa (lo que debería parecer contradictorio) de los nulos medios y coraje de los que disponían los nacionalistas catalanes para ir hasta el final de su proyecto[196]. Intelectuales como Javier Cercas[197], Fernando Savater[198], Félix de Azúa[199] o Vargas Llosa[200] (entre muchos otros)[201] van a usar y repetir la expresión con total normalidad en los medios de comunicación, incluso después del otoño de 2017. También representantes políticos, de derecha[202], sobre todo, y de izquierda (Alfonso Guerra[203], Margallo[204], Borrell[205], etc.). Hay quien preferirá calificar el golpe de Estado como "posmoderno", algo que fue y no fue al mismo tiempo (lo que no se sabe muy bien qué significa, aunque quizás lo importante no fuese eso, sino seguir usando la expresión golpe de Estado)[206].

En cualquier caso, la idea de que lo que se produjo en Cataluña en septiembre y octubre de 2017 fue un golpe de Estado (con los matices que unos y otros tendrán a bien subrayar) se acaba normalizando en la opinión pública. Y no van a ser los juristas académicos, desde luego, los que hagan algo por poner un grano de arena en la maquinaria perfectamente engrasada en que se estaba convirtiendo el relato del golpe de Estado. Desde meses atrás venían ya alertando de que lo que se estaba preparando en Cataluña era un golpe de Estado en el sentido kelseniano de la expresión[207]. El matiz que —como lo explicaré— esto podía introducir en el debate (la diferencia entre el golpe de Estado en sentido usual y en sentido jurídico) será dejado totalmente de lado. Sea como fuere, el relato alcanza tal éxito (y es algo que debería mover a la reflexión a la Academia jurídica) que la tesis del golpe de Estado kelseniano acaba apareciendo en la intervención conclusiva de la Fiscalía en la causa especial contra los líderes independentistas, durante la cual expuso a principios de junio de 2019 las razones en las que basó su acusación llegados al final del juicio oral. En él, a diferencia del Abogado del Estado, la Fiscalía mantuvo el cargo de rebelión contra los acusados. Las reiteradas referencias a Kelsen en los meses y años anteriores le debieron de parecer lo suficientemente interesantes y pertinentes como para convocar su autoridad ante el TS: "Lo que sucedió en Cataluña entre marzo de 2015 y octubre de 2017, y sobre todo en los meses de septiembre y octubre de 2017, es lo que la terminología de Hans Kelsen, ese ilustre jurista austriaco que tuvo que huir en los años 30 a Estados Unidos ante el auge del nazismo, es lo que se llama golpe de Estado"[208]. Y de esa caracterización de los hechos la Fiscalía da el salto a la rebelión ("la violencia utilizada fue un instrumento para favorecer la declaración de independencia […] por eso fue una rebelión y no puede ser una sedición")[209], de la que designa como "motor" entre los acusados a Oriol Junqueras[210].

Conviene apuntar que ni siquiera en ese momento en que el fiscal hace uso del "golpe de Estado jurídico" para facilitar la conexión con el delito de rebelión reaccionan los juristas académicos poniendo en tela de juicio el uso que se hace de Kelsen y de dicha expresión. Es más, incluso entre aquellos que pensaban que no había habido rebelión, se va a afirmar que el uso que hace la Fiscalía del golpe de Estado jurídico no tiene especial reproche. Un ejemplo lo tendríamos en Miguel Pasquau, según el cual "el fiscal tiene razón, porque en sentido kelseniano se trató de un 'golpe de Estado', o revolución, que para Kelsen era igual"[211]. Creo que puede afirmarse al respecto que la opinión de la Academia jurídica ha sido prácticamente unánime[212]. Lo cual, a mi entender, tendría que haber llamado la

atención. No solo por las consecuencias políticas graves que podía tener esa lectura, al avalar un acercamiento o analogía entre el golpe de Estado y la rebelión penal, con una violencia de muy baja intensidad como nexo entre ambas figuras. También porque, desde un mero enfoque académico, la lectura que se hace del golpe de Estado en el sentido de Kelsen para aplicarlo al caso catalán habría merecido puntualizar dos o tres ideas importantes que probablemente habrían tenido alguna capacidad para generar dudas o grietas en ese relato dominante sobre el golpe de Estado catalán. ¿Realmente hubo un golpe de Estado jurídico? Aunque esta pregunta no tenga especial importancia para lo que luego explicaré sobre la causa penal por rebelión y sedición contra los líderes independentistas (pues no existe el tipo penal "golpe de Estado"), sí creo que puede ser útil a efectos de ver cómo el nacionalismo jurídico es capaz de desactivar (por interés, inercia, desidia, etc.) la reflexión crítica y el escepticismo, característicos del quehacer del científico social, frente a los grandes relatos. Tratemos de verlo brevemente.

¿Qué es un golpe de Estado jurídico según Kelsen? Veamos cómo lo define en *La teoría pura del derecho*: "La revolución —en sentido amplio, que incluye el golpe de Estado— es toda modificación de la Constitución o todo cambio o sustitución de Constitución que no son legítimos, es decir que no se producen siguiendo lo dispuesto por la Constitución en vigor"[213]. Como puede verse, hablamos de cambios en la Constitución (modificación de uno o varios artículos), o de un cambio total de Constitución. El golpe de Estado jurídico tiene que ver, por lo tanto, con el cambio total o parcial de la Constitución al margen del procedimiento de reforma previsto en ella. Cambios que podrían verse entonces como inconstitucionales.

La pregunta que convendría hacer después es cómo interviene el cambio constitucional. Se ha dicho que al margen del procedimiento de reforma constitucional. Vale, pero ¿cómo? ¿Mediante la fuerza, un alzamiento militar, el consenso entre todas las fuerzas políticas, o de qué otra manera? Kelsen también aporta una respuesta clara a esta pregunta. Da igual, en su opinión, que el golpe de Estado jurídico intervenga con o sin violencia, que sean muchos o pocos los que lo dan, que sea contra el Gobierno legítimo o dado por este: "Es indiferente que la modificación del orden jurídico se produzca por un acto de fuerza dirigido contra el Gobierno legítimo, o por miembros del mismo gobierno, o provocado por un levantamiento popular, o por un pequeño grupo de individuos"[214].

Como se puede ver, para Kelsen la noción de violencia no tiene especial importancia (puede haberla o no), como tampoco la tiene que el golpe se dé contra el Estado o que sea el propio Estado (sus órganos constituidos) el que dé el golpe. Lo que importa es que el orden jurídico se vea modificado. Algo que conecta necesariamente con la noción de eficacia y validez, sin la cual sería imposible explicar el fenómeno del derecho, según Kelsen. Porque el derecho es validez, sobre todo, y eficacia, o no es. Todo lo cual debería llevarnos a hacernos otra pregunta al menos: ¿quién tiene capacidad o medios para modificar el orden jurídico al margen del procedimiento constitucionalmente previsto? Aquí la respuesta no admite demasiados matices: o bien se hace por la fuerza (una vía de hecho), y en ese caso se hará (con mayor frecuencia) contra las autoridades legítimas, tomando el poder por las armas e imponiendo un nuevo orden jurídico,

o bien se hace sin ella, en cuyo caso solo podrán dar un golpe de Estado las propias autoridades legítimas, que son la que, al disponer del monopolio de la interpretación jurídica, pueden hacerle decir a su Constitución lo que les plazca al margen del procedimiento de reforma y sin necesidad de recurrir a la violencia. Lo cual implica dos cosas, relacionadas entre sí: por una parte, intencionalidad revolucionaria, por la otra, medios suficientes. Es decir, debe tenerse la finalidad clara e inequívoca (no ha de perderse de vista la gravedad de un cambio revolucionario) de modificar el orden jurídico y además medios que permitan tender hacia ese fin de una manera mínimamente creíble, pues de no tenerse los medios suficientes, es más que probable que se desista de perseguir el resultado deseado.

¿Cómo se ajusta el golpe de Estado en el sentido de Kelsen a los hechos de septiembre y octubre de 2017 en Cataluña? De entrada, es claro que el Parlamento catalán aprueba dos leyes rotundamente inconstitucionales. Una de ellas prevé incluso la transición hacia un nuevo orden jurídico fuera del español. Su contenido sitúa con claridad esos actos legislativos en la línea del golpe de Estado jurídico. Ahora bien, el problema con dicha calificación viene después. Hablamos de dos leyes que no solo son inmediatamente suspendidas (se podría decir que ni siquiera consiguen entrar en el orden jurídico español), luego anuladas, sino que se trata de actos normativos cuya invalidez era previsible por todos los actores en el conflicto, empezando por el legislador catalán. Este sabía perfectamente 1) que tanto esas leyes como todo lo que se emprendiese sobre su base sería inmediatamente invalidado y, además, 2) que la constitución de un orden jurídico separado que reposase en forma de vía de hecho o revolucionaria sobre esas dos leyes era un imposible, quizás no por falta de ganas, pero sí desde luego de medios. El Gobierno catalán, como se sabía y luego se confirmaría, no podía contar ni siquiera con la lealtad de su propia policía para intentar transitar por la vía revolucionaria, ni con una sociedad civil movilizada, entrenada y armada, dispuesta a todo para conservar el control del territorio y luchar por la independencia una vez declarada. Lo que el nacionalismo catalán hace ni siquiera puede ser considerado como un intento serio de golpe de Estado. Y los acontecimientos que siguen esas dos leyes de los días 6 y 7 de septiembre lo muestran con claridad. Tanta que será el propio TS[215] el que describa dichos hechos como una farsa destinada a presionar al Gobierno español para que este aceptase negociar algo a cambio de detener el farol "revolucionario" que el nacionalismo catalán lanza con el convencimiento que tenía de que el precio a pagar no sería excesivo y valdría la pena.

Hay quien ha podido sugerir que esa presión es parte constitutiva precisamente del golpe de Estado jurídico: se coacciona o amenaza al Estado para obligarlo a dar o aceptar algo que no quiere dar o aceptar[216]. Pero de nuevo aquí el argumento carece de fuerza. Para que una amenaza pueda ser considerada como algo serio y preocupante, se ha de ver a quien la formula como alguien capaz de llevar sus amenazas a ejecución. De lo contrario nos encontramos en la misma situación que la persona desarmada que amenaza a un grupo de criminales armados hasta los dientes con usar la fuerza contra ellos si no le dan el dinero que acaban de robar. Una amenaza que mueve a la risa.

En definitiva, puede decirse que en el "golpe de Estado kelseniano" ocurrido

en Cataluña faltan tres elementos clave: la modificación del orden jurídico (nunca se produjo), la intencionalidad revolucionaria o golpista (no pareció haber) y los medios mínimos desplegados para la materialización del golpe y el cambio de orden jurídico (inexistentes). Ninguna de esas tres condiciones se da en el caso catalán. Por ello se ha de insistir en que el uso de la expresión golpe de Estado jurídico no es apropiada aquí. Como tampoco lo es explicar que el fracaso del golpe no es razón para no considerarlo un golpe, comparándolo con el intento de golpe de Estado del 23 de febrero de 1981. Y no es pertinente, al margen de lo chocante de la comparación (que da cuenta, con todo, de los despropósitos a que puede mover el nacionalismo)[217], porque no puede fracasar aquello que no se ha intentado, para lo que no se han puesto mínimamente medios. Solo si se hubiesen puesto medios revolucionarios y hubiese quedado patente, por el uso de dichos medios, que la intención del nacionalismo catalán era crear un nuevo orden jurídico en Cataluña, y que al menos durante unas horas ese nuevo orden jurídico se defendiese frente al Estado español, habría resultado oportuno decir que el golpe de Estado fracasó. Y solo entonces sería pertinente convocar a Kelsen y su noción de golpe de Estado jurídico en comentario del caso catalán:

> Si la revolución fracasa, es decir: si la Constitución revolucionaria —la nueva Constitución que se aprobó al margen de lo previsto por la antigua— no tuviese eficacia, si los órganos previstos por ella no aprobaran leyes que fueran luego aplicadas por los órganos previstos por ellas […] no habría ningún motivo para suponer que en lugar de la antigua constitución había una norma fundamental nueva. Entonces, la revolución no sería interpretada como una operación que ha creado un nuevo derecho, sino […] que se vería como un crimen de alta traición[218].

En resumen, me importa que el lector retenga dos cosas de lo que he tratado de explicar en esta sección. La primera, quizás menos importante en este capítulo, es que la tesis del golpe de Estado jurídico o kelseniano en Cataluña es mucho menos evidente de lo que la Academia jurídica lo ha podido decir al unísono. Aun aceptando que haya cierto margen para la discusión al respecto, creo, con todo, que la aplicación acrítica que se ha hecho de esa idea kelseniana puede ser reveladora de lo que trato de explicar en este libro. Una mayor contención del nacionalismo español habría llevado a ver las cosas de una manera más ajustada a lo realmente ocurrido y hacerse alguna pregunta más al respecto. La segunda, creo que mucho menos discutible, es que en el tramo final del *procés* se asiste a la producción interesada de un relato por parte del nacionalismo español, por medio del cual se genera una opinión pública dominante favorable a la tesis del golpe de Estado en Cataluña. Esto permitirá relativizar la importancia de la violencia en el golpe de Estado dado por el nacionalismo catalán y acercar lo suficiente dicha representación de los hechos a la traducción penal que se le tratará de dar después, cuando los líderes independentistas se enfrenten a penas de más de 20 años de prisión por rebelión y sedición, principalmente, ante el TS.

## 5.4. El proceso penal contra los líderes independentistas

### 5.4.1. Breve introducción al problema

El *procés* se termina tras la declaración de independencia simbólica del 27 de octubre de 2017 y la activación del artículo 155 de la Constitución por parte del Gobierno español. Entre los miembros del Gobierno catalán, algunos (el presidente Puigdemont principalmente) decidirán salir del país para evitar las acciones judiciales de gravedad que ya se habían iniciado previamente contra algunos líderes independentistas y que habían llevado, de hecho, a los presidentes de la ANC y de Òmnium, Jordi Sánchez y Jordi Cuixart, a prisión provisional por la presunta comisión de un delito de sedición a mediados de octubre. La mayoría del Gobierno catalán y los miembros de la mesa del Parlamento se quedarán y tendrán que hacer frente a las acusaciones de rebelión y sedición que pronto caerán sobre ellos.

Creo que puede decirse que la causa penal contra los líderes independentistas podía sorprender por la gravedad de los delitos que les son imputados: nada más y nada menos que rebelión y sedición, dos delitos graves por los que los líderes independentistas podían pasar más de 20 años en la cárcel. La sorpresa podía ser menor, es claro, si se había asumido el relato al que me referí en la sección anterior. Si lo ocurrido durante los meses de septiembre y octubre de 2017 era un golpe de Estado, entonces sí cabía pensar que se trataba también de actos de "alta traición", como lo dice Kelsen, y castigar a los golpistas como se merecían. La utilidad del relato parece clara en ese sentido. Ahora bien, el inicio de un proceso judicial inspirado en un relato golpista no dejaba presagiar nada bueno desde la perspectiva jurídico-penal, ajena al enfoque político interesado que produce el relato al que me he referido. El desarrollo del proceso judicial, como se verá, no hará sino confirmar que su lógica era más política que jurídica.

Sea como fuere, tales son los dos cargos más graves (aparte de la malversación y la desobediencia) a los que van a tener que enfrentarse los líderes independentistas ante el TS: Oriol Junqueras, Jordi Turull, Josep Rull, Raül Romeva, Joaquim Forn, Carme Forcadell, Dolors Bassa, Carles Mundó, Jordi Cuixart, Jordi Sánchez, Mertixell Borràs y Santi Vila.

El delito de rebelión aparece regulado en el Código Penal en los artículos 472 y siguientes. Es un delito contra la Constitución. El tipo penal queda definido como sigue:

> Son reos del delito de rebelión los que se alzaren violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes:
>
> 1º Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución.
>
> 2º Destituir o despojar en todo o en parte de sus prerrogativas y facultades al Rey o a la Reina, al Regente o miembros de la Regencia, u obligarles a ejecutar un acto contrario a su voluntad.
>
> 3º Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos.
>
> 4º Disolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado o cualquier Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, impedir que se reúnan, deliberen o resuelvan, arrancarles alguna resolución o sustraerles alguna de sus atribuciones o competencias.

5º Declarar la independencia de una parte del territorio nacional.

6º Sustituir por otro el Gobierno de la Nación o el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno o Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o a cualquiera de sus miembros de sus facultades, o impedirles o coartarles su libre ejercicio, u obligar a cualquiera de ellos a ejecutar actos contrarios a su voluntad.

7º Sustraer cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno.

Como puede verse, el delito es definido objetivamente como un alzamiento público y violento, y subjetivamente por la intención de sus autores, que ha de corresponder a alguno de los siete puntos de la lista. Por consiguiente, en la causa penal contra los líderes independentistas, parecía necesario probar fuera de toda duda que los investigados, luego acusados, se habían alzado violentamente para suspender la Constitución española en Cataluña (punto 1º) y/o declarar la independencia (punto 5º). Ninguno de los otros puntos es pertinente en nuestro caso.

Por su parte, el delito de sedición, hasta su muy significativa supresión del Código Penal en 2023 (LO 14/22, de 22 de diciembre), en relación clara con los hechos que aquí nos interesan, quedaba definido en el artículo 544 como un delito contra el orden público del siguiente modo:

Son reos de sedición los que, sin estar comprendidos en el delito de rebelión, se alcen pública y tumultuariamente para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las Leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales.

En este caso, el delito corresponde objetivamente a un alzamiento público, tumultuario y violento (por la fuerza) o ilegal, y debe tener por finalidad impedir (nótese bien que se dice "impedir", y no perturbar, dificultar u otro verbo parecido) a las autoridades cumplir con su deber. También aquí tenía que probarse fuera de toda duda que los acusados se habían alzado de manera pública, tumultuaria y violenta o ilegal para impedir que las autoridades españolas cumplieran con el legítimo ejercicio de sus funciones.

Tenemos ya todos los elementos principales del proceso penal: los acusados, el tribunal y los tipos delictivos. En lo que sigue me centraré únicamente en dos problemas, a mi entender los más graves, que tiene la Causa especial 20907/2017 contra los líderes independentistas. El primero concierne un aspecto procesal clave, la competencia judicial, que se encuentra íntimamente relacionado con el derecho fundamental al juez predeterminado por la ley del artículo 24.2 CE y, por lo tanto, con el derecho a un proceso justo y a obtener tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). El segundo tiene que ver con la prueba del delito de sedición. Como se sabe, el delito de rebelión será finalmente descartado por el TS, que condenará a los acusados por sedición, malversación y desobediencia. Me interesa ver cómo se desarrolla la prueba de la comisión del delito de sedición y en qué se basa. Como ya pasa con la cuestión competencial, también aquí se producen una serie de irregularidades tan graves como poco usuales, de hecho, en

la jurisdicción penal, que vienen a reforzar la idea de un proceso más político que penal. O la aplicación de lo que se ha dado en llamar un derecho penal del enemigo[219].

### 5.4.2. Un problema muy grave de competencia judicial

A finales de septiembre la Audiencia Nacional (AN) se declara competente para investigar la causa contra Jordi Sánchez y Jordi Cuixart por sedición. Recordemos que los hechos que motivan este proceso judicial con los presidentes de la ANC y Òmnium Cultural son los ocurridos ante la Consejería de Economía catalana en Barcelona los días 20 y 21 de septiembre de 2017. Pocos días más tarde, el 16 de octubre, la jueza de instrucción decretaría su ingreso provisional en prisión en espera del proceso[220]. La pregunta que surge inmediatamente es cómo podía la AN encontrarse investigando un delito para cuya instrucción y enjuiciamiento no tenía legalmente competencia. La respuesta corta es que eso daba igual, pues bastaba con inventarse una nueva regla no prevista entre las que disciplinan la competencia de los juzgados y tribunales españoles.

En efecto, importa notar que ninguna norma atribuía competencia a la AN para el conocimiento de una causa por sedición. Este delito no se encuentra entre aquellos que son reservados a la competencia material de la AN por el artículo 65.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Este dice lo siguiente:

La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá:

1º Del enjuiciamiento, salvo que corresponda en primera instancia a los Juzgados Centrales de lo Penal, de las causas por los siguientes delitos:

a) Delitos contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, altos organismos de la Nación y forma de Gobierno.

b) Falsificación de moneda y fabricación de tarjetas de crédito y débito falsas y cheques de viajero falsos o cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo, siempre que sean cometidos por organizaciones o grupos criminales.

c) Defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia.

d) Tráfico de drogas o estupefacientes, fraudes alimentarios y de sustancias farmacéuticas o medicinales, siempre que sean cometidos por bandas o grupos organizados y produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias.

e) Delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles.

f) Delitos atribuidos a la Fiscalía Europea en los artículos 22 y 25 del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, cuando aquella hubiera decidido ejercer su competencia.

g) Delitos de contrabando de material de defensa, de otros materiales y de productos y

tecnología de doble uso.

Como lo recuerda Jacobo Dopico, tampoco otras leyes especiales le atribuyen competencia en materia de sedición[221], por lo que únicamente podría conocer de aquellas sediciones que se hubiesen producido en el extranjero en virtud de lo dispuesto en el artículo 23.3c) LOPJ. Ahora bien, y esto ha de subrayarse por su importancia, los hechos delictivos que se le imputan a los investigados se habían producido en Barcelona (ante la Consejería de Economía). La falta de competencia de la AN era por lo tanto evidente. Pero esto no va a ser un obstáculo para que esta se declare competente realizando una interpretación de lo más forzada (tanto que puede considerarse ilegal), de la letra a) del artículo 65.1 LOPJ: la sedición entraría en los delitos contra "la forma de Gobierno". Digo que es forzada e ilegal porque dicha interpretación decide olvidar por completo que los delitos contra la forma de Gobierno fueron suprimidos en la reforma del Código Penal de 1995, no teniendo pues los antiguos artículos 163 y 164 equivalentes en la norma penal actual[222]. No estaba justificado, por ello, establecer una relación entre la sedición o la rebelión, delitos que sí se encuentran regulados en el Código Penal y que el legislador ha decidido explícitamente no atribuir a la competencia de la AN, y los delitos contra la forma de Gobierno (derogados) para fundar así su competencia[223].

Pero no es solo que las normas repartidoras de competencia judicial fuesen tan claras en este caso. El propio pleno de la Sala de lo Penal de la AN había expresado años antes, en 2008, que la interpretación que haría casi diez años más tarde era jurídicamente insostenible: "El delito de rebelión nunca ha sido competencia de esta Audiencia Nacional", dirá entonces[224]. Y ello por las razones antes expuestas: la competencia de la AN explicitada en el artículo 65.1 LOPJ no incluye ni la rebelión ni la sedición, mientras que la conexión buscada con el Código Penal tampoco permite llegar a otra conclusión al no ser la sedición y la rebelión delitos contra la forma de Gobierno (sino contra el orden público y la Constitución respectivamente) y además haber sido los delitos contra la forma de Gobierno suprimidos del Código Penal.

Pues bien, esto no va a ser óbice para que la Fiscalía de la AN construya en pleno *procés* (en 2015) la tesis según la cual la sedición y la rebelión corresponderían a los antiguos delitos contra la forma de Gobierno, que sí eran competencia de la AN[225]. Es decir, la Fiscalía estaba justificando (en contra de lo que explicara en 2008 al respecto) la competencia de la AN sobre la base de su competencia sobre delitos que ya no figuraban en el Código Penal. Y a la AN esa regla competencial que la Fiscalía se saca de la chistera le va a resultar convincente. ¿Cómo puede ser que la Fiscalía y la sección segunda de la Sala de lo Penal de la AN den un giro tan radical y falto de base jurídica entre 2008 y 2017? ¿Puede pensarse que no es el *procés* lo que motiva esta manera de proceder?

Por ese mismo camino va a seguir la causa penal contra los líderes independentistas ante el TS. Las investigaciones abiertas por rebelión y sedición, principalmente, contra los miembros del Gobierno catalán y la mesa del Parlamento, todos ellos aforados, van a llevar la causa penal ante el TS. Lo cual representaba una vez más una grave violación de las reglas de competencia

judicial. Pero en esta ocasión el TS no va a utilizar el razonamiento expuesto por la Fiscalía ante la AN (lógicamente, pues la competencia material en primera instancia del TS no es la de la AN), sacando de la nada una nueva regla atributiva de competencia, sino que va a interpretar los hechos objeto de la causa penal con tal elasticidad y generosidad (para consigo mismo) que al final van a acabar entrando en la competencia que la LOPJ le atribuye si se lee el artículo 57.1.2º en relación con el artículo 57.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña. En efecto, este se refiere a la investigación y enjuiciamiento de los delitos cometidos por diputados catalanes (aforados pues), los cuales se dice que son competencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, excepto cuando los delitos se hubiesen cometido fuera de Cataluña, en cuyo caso sería competente el TS.

El TS va a defender, primero en el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2017 (es ponente el magistrado Manuel Marchena) por el que se acepta la querella; luego, de su magistrado instructor, Pablo Llarena, y de la sala de recursos, en criterio que se mantendrá hasta la sentencia final, que los hechos presuntamente delictivos ocurrieron también fuera de Cataluña. Es preciso recordar que hablamos fundamentalmente de 1) las dos leyes del Parlamento catalán de los días 6 y 7 de septiembre, discutidas y aprobadas en Barcelona; 2) la manifestación del 20 de septiembre ante la Consejería de Economía catalana, también en Barcelona; 3) el referéndum ilegal del 1 de octubre, que se celebra por toda Cataluña y 4) las declaraciones de independencia de los días 10 y 27 de octubre, que también se hacen en Barcelona. Estos son los hechos que se tendrán en cuenta para valorar la comisión de los delitos. Todos ellos ocurridos en Cataluña. Pues bien, el TS va a decidir acoger la argumentación del fiscal sobre los "aspectos internacionales en las distintas fases del proceso independentista"[226], lo que permite, en su opinión, situar los hechos fuera de Cataluña y considerar que "el resultado. de algunos de los delitos imputados se habría producido más allá de esos límites territoriales"[227].

Si difícil es entender cómo pueden haber ocurrido los hechos objeto de investigación por rebelión y sedición fuera de Cataluña, o haber producido resultados en el extranjero, el razonamiento posterior del TS tampoco es capaz de sacarme del asombro. En efecto, el Tribunal retoma la "teoría de la ubicuidad" vigente en la doctrina española recordando que "el delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo"[228]. Ahora bien, sigo sin ver cómo los hechos presuntamente delictivos investigados (rebelión y sedición, esto es, alzamiento violento, por una parte, alzamiento tumultuoso, por la otra) pueden considerarse ocurridos fuera de Cataluña siendo de conocimiento público que allí fue donde se produjeron. ¿Puede considerarse con un mínimo de seriedad que votar el 1 de octubre en una delegación del Gobierno catalán en el extranjero u organizar conferencias sobre la independencia en universidades extranjeras conforma alguno de los tipos del delito de rebelión o sedición? El carácter extremadamente forzado del razonamiento parece evidente.

Sin embargo, nuevamente lo evidente no va a ser un obstáculo para la Sala de lo Penal del TS, que acabará dando por buena la increíble tesis de la Fiscalía:

El relato que sirve de soporte fáctico a la querella entablada por el Ministerio Fiscal —cuya hipotética existencia solo se valora a los efectos de resolver sobre la competencia de esta Sala

— parte de la base de una estrategia concertada dirigida a declarar la independencia, que habría tenido como protagonistas a autoridades gubernamentales, parlamentarias y de movimientos sociales ideológicamente afines, cada uno de los cuales habría contribuido a ese objetivo desde el espacio funcional que le es propio. La existencia de una actuación ejecutada fuera de España, tendencialmente dirigida a hacer realidad el designio independentista, permite tener por colmada, insistimos, a los exclusivos efectos de determinar la competencia objetiva, la referencia geográfica a la que el artículo 57.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña asocia la competencia de esta Sala. El carácter plurisubjetivo del delito de rebelión hace perfectamente explicable, a la hora de valorar la verdadera entidad de cada una de las aportaciones individuales, un reparto de cometidos en el que la coincidencia en la finalidad que anima la acción —la declaración de independencia de Cataluña— tolera contribuciones fácticas de muy distinto signo y, precisamente por ello, ejecutadas en diferentes puntos geográficos229.

Llegados a este punto, la impresión que puede quedar es que tanto la AN como el TS estaban dispuestos a retorcer el derecho cuando hiciera falta con tal de quedar a cargo de la instrucción y enjuiciamiento de los presuntos delitos imputados a los líderes independentistas. La razón es fácil de entender: si se quería dar un castigo rápido y ejemplar, no se podía correr el riesgo de dejar el caso en manos del juez predeterminado por la ley. ¿Cuál era este? En el caso de los dos investigados no aforados, Jordi Cuixart y Jordi Sánchez, la causa penal habría tenido que ser juzgada ante la Audiencia Provincial de Barcelona (artículo 82.1.1º LOPJ). De haberse esgrimido las razones procesales que llevaron al TS a hacerse cargo de su caso aun en su condición de no aforados, tendría que haber sido el tribunal competente para juzgar a los otros investigados por rebelión y sedición que sí eran aforados, que no era otro que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en virtud del artículo 57.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

¿Qué podía temer el TS de una instrucción y un enjuiciamiento llevados a cabo en Cataluña? Prácticamente todo. Lo primero perder el control sobre el desarrollo del proceso. Los magistrados del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña habrían examinado quizás los hechos de una manera menos severa o más amable (no era muy difícil) hacia los investigados, lo cual podía perfectamente provocar que el cargo por rebelión, que será el que lleve a los líderes independentistas a prisión provisional durante todo el tiempo que duró la instrucción, fuese desechado por el Tribunal en ausencia de elementos fácticos que diesen verosimilitud a ese tipo delictivo. También puede pensarse que los magistrados del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña habrían apreciado con bastante más mesura la oportunidad de la prisión provisional. Es muy probable también que un enjuiciamiento ante dicho Tribunal se hubiese terminado con penas mucho menores para los acusados, quizás incluso con la absolución por los dos delitos más graves, cuya caracterización podía parecer muy dudosa. De haber sido así, el recurso de apelación que la Fiscalía habría interpuesto con toda seguridad para buscar un castigo más severo, este sí competencia del TS, se habría encontrado con serias dificultades para prosperar, pues es extremadamente difícil en derecho penal español empeorar en apelación la situación procesal del acusado fallada en primera instancia230. Por todas estas razones, y más seguramente que ahora olvido, si se quería dar un escarmiento ejemplar a los líderes independentistas, no se debía correr el riesgo de dejarlos ante el juez

predeterminado por la ley.

Los problemas que esta tan irregular manera de proceder conllevan son varios y todos de una especial gravedad ante la jurisdicción penal. Estamos hablando de un claro abuso de derecho que implica, en el fondo, que el Estado de derecho se pone entre paréntesis para la investigación y enjuiciamiento de los líderes independentistas, designados como el enemigo que ha de recibir un castigo ejemplar. No es solo que se vulneren abiertamente normas procesales formales. Esto tiene en la instancia penal graves consecuencias materiales para los investigados, que pierden así el derecho fundamental al juez predeterminado por la ley y, por lo tanto, a un proceso justo y bajo el amparo de la legalidad en vigor, así como el derecho a una segunda instancia penal, al no haber un tribunal superior al Supremo en la jurisdicción ordinaria. Pierden algo aún peor, como lo es su libertad tanto durante toda la fase de instrucción como después, tras un fallo que podía ser evitable ante el juez predeterminado por la ley. Los problemas que genera en cadena esa apropiación indebida de la competencia judicial por la AN, primero, del TS, después, son por lo tanto tan numerosos y graves que, en el fondo, no es exagerado hablar en este caso de un proceso en el que se producen por parte del Estado español tales abusos en la aplicación de su propio derecho que se sale por completo de la imagen que tenemos y valoramos del Estado de derecho. Como lo vamos a ver ahora, pasa lo mismo con otros puntos importantes de esa causa penal, como es el caso con la prueba del delito de sedición.

### 5.4.3 La imposible prueba de la sedición

El principal problema de la judicialización del conflicto político, con todas las exageraciones que ello va a implicar, es que los actores jurídicos españoles van a tener que argumentar y llevar a cabo demostraciones imposibles en derecho. Ya lo vimos previamente, con el TC sacándose de la manga una tesis sobre los efectos jurídicos (indiciariamente) de las resoluciones parlamentarias o al grueso del constitucionalismo español (intérpretes auténticos y Academia jurídica) al defender que un referéndum consultivo tiene efectos jurídicos. Con la prueba del delito de sedición va a pasar exactamente lo mismo y de este modo se van a poder ver cosas tan inusuales como inaceptables en la jurisdicción penal.

Importa recordar, siquiera sea de manera muy breve, los especiales contornos del proceso penal, sometido como está, debido a la gravedad de sus consecuencias, a unas reglas rígidas y exigentes de aplicación e interpretación de las normas competentes, siempre en sentido favorable al investigado o acusado. Ya solo porque esto es así, ni la AN ni el TS habrían debido realizar una interpretación tan extraordinariamente imaginativa y extensiva de su competencia para acabar privando a los investigados y acusados del juez predeterminado por la ley, que es el único, según el legislador, que puede asegurarles un proceso con todas las garantías. Pero una vez cometida esa grave falta (que no presagiaba —ya lo he dicho— nada bueno), los magistrados del TS seguían quedando obligados por las normas penales y los principios que rigen su aplicación en la fase de enjuiciamiento. Lo cual exigía por su parte un celo especial a la hora de valorar

los hechos (la práctica de la prueba) y la aplicación de los tipos penales a los hechos traídos a la causa por la acusación, siempre llevando a cabo la interpretación más favorable para los acusados. El conocido principio *in dubio pro reo* es una buena ilustración de esto en el momento de la valoración de la prueba practicada en el juicio oral. Si no se muestra con claridad suficiente que los hechos presuntamente delictivos imputados a los acusados se han producido, así como la autoría o responsabilidad de estos, entonces lo que corresponde es un fallo absolutorio. Lo cual significa que, en suma, el delito de sedición que nos va a interesar en esta sección tenía que ser probado en el marco de esas reglas y principios particularmente exigentes y que requieren del órgano judicial un escrupuloso respeto.

No vale la pena detenerse mucho aquí en el delito de rebelión pues los acusados serán absueltos de este cargo, como se sabe. Lo único que puede ser interesante subrayar del examen que el TS hace de ese delito es la conclusión a la que llega sobre la inexistencia de violencia instrumental y funcional por parte de los acusados para cometerlo[231]. El Tribunal no dice que no haya habido violencia, sino más bien lo contrario, que esta ha quedado acreditada en los hechos probados. Lo que dice es que la violencia acreditada no fue ni instrumental ni funcional para cometer el delito de rebelión (en relación aquí con la lucha por la independencia). Entiende que no fue instrumental (un medio para alcanzarla), porque el movimiento independentista venía desde tiempo atrás obrando para la consecución de ese fin mediante actos que son "anteriores a los actos paradigmáticos de violencia que se sitúan en los días 20 de septiembre y 1 de octubre del mismo año"[232]. Por otro lado, el Tribunal entiende que no fue funcional porque faltaron los medios para concluir que se había cometido un delito de rebelión:

> Hablamos, claro es, de la absoluta insuficiencia del conjunto de actos previstos y llevados a cabo para imponer de hecho la efectiva independencia territorial y la derogación de la Constitución española en el territorio catalán. Dicho con otras palabras, es violencia para lograr la secesión, no violencia para crear un clima o un escenario en que se haga más viable una ulterior negociación[233].

Como ya lo expliqué previamente al hablar del golpe de Estado jurídico, la falta de los medios mínimos necesarios lleva forzosamente a la conclusión de que faltaba también la intencionalidad típica del delito de rebelión.

Puede pensarse que el Tribunal lleva a cabo un examen acertado de la rebelión (y así es al descartarlo), pero también que deja algunas sombras muy significativas en relación con lo que pasará después con el delito de sedición. En efecto, ha de notarse, por un lado, la incomprensible valoración que hace de los hechos probados como "violencia". El Tribunal dice que "la existencia de hechos violentos a lo largo del proceso de secesión ha quedado suficientemente acreditada"[234]. Y se va a referir exclusivamente a los hechos del 20 de septiembre y del 1 de octubre:

> En el hecho probado se ha dejado constancia de movilizaciones multitudinarias, acaecidas principalmente el día 20 de septiembre de 2017, puestas al servicio de la finalidad suscrita

por los acusados. Se trataba de movilizaciones que desbordaron los límites constitucionales del ejercicio de los derechos de reunión y manifestación, y que crearon el ambiente coactivo e intimidatorio necesario para obligar a la policía judicial a desistir del traslado de los detenidos al lugar en que iba a practicarse, por orden judicial, la entrada y registro. La necesidad de una protección física de los funcionarios comisionados por el juez de instrucción número 13 de Barcelona, asumida en el caso de los incidentes ante la Consejería de Economía por los Mossos, es un hecho acreditado.

También se hace referencia en el juicio histórico a los incidentes que tuvieron lugar el día 1 de octubre en diversos lugares de la geografía catalana, en los que "[…] se produjeron enfrentamientos entre miembros de las fuerzas de seguridad y ciudadanos que participaban en la emisión de voto, quienes intentaban impedir a toda costa el cumplimiento de la resolución judicial de la que eran portadores los agentes". Hemos dado por probado que "[…] el enfrentamiento entre ciudadanos y agentes de la autoridad derivó en lesiones que, en numerosos casos, exigieron asistencia facultativa"235.

Esa es toda la violencia que encuentra el Tribunal. Un "ambiente coactivo e intimidatorio" por una manifestación multitudinaria en la que se produjeron desperfectos en varios coches de la policía (comparemos con lo ocurrido durante las manifestaciones de los chalecos amarillos en Francia, por ejemplo) y enfrentamientos entre policía y ciudadanos debidos a las cargas de los primeros, que derivan en lesiones menores por ambas partes.

Si en el segundo de los casos se puede aceptar que hubo violencia, pero más bien provocada por las fuerzas del orden, cuya intervención para tratar de parar una votación popular pacífica y sin los menores efectos jurídicos genera no pocos interrogantes, en el primer caso la violencia que el Tribunal ve viene de una muy evidente exageración de lo ocurrido. Lo cual significa que los magistrados operan en este caso en contra de lo que deberían hacer en la jurisdicción penal: en vez de exagerar los hechos para sacar de su imaginación una violencia de lo más discutible (véanse las disquisiciones muy reveladoras del Tribunal sobre la violencia psíquica y la intimidación), tendrían que haber hecho lo contrario, quitarle hierro a unos hechos que podían ciertamente resultar desagradables, incluso intimidantes para los funcionarios que intervinieron esos dos días, y llegar a la conclusión de que esos hechos no podían ser considerados como violencia a efectos de conformar un delito como el de rebelión o sedición, enervando así el legítimo derecho de los ciudadanos a reunirse, protestar o gritar.

Creo que era importante detenerse un instante en el examen que hace el Tribunal de la rebelión, porque su conclusión sobre la existencia de violencia no es irrelevante o indiferente (en contra de lo que parece decir el Tribunal) para considerar caracterizado el delito de sedición y, por lo tanto, condenar a los acusados por dicho delito. En efecto, la argumentación del Tribunal sobre el delito de sedición empieza señalando la analogía que existe entre los dos y subrayando la principal diferencia, a saber, el fin perseguido:

En efecto, en el delito de rebelión, los rebeldes persiguen los fines descritos en el artículo 472, que atañen a elementos esenciales del sistema constitucional —la Constitución, la Corona, las Cámaras legislativas, la unidad territorial, el Gobierno o la obediencia a este de

las fuerzas armadas—. Los sediciosos, por el contrario, limitan su afán al impedimento u obstrucción de la legítima voluntad legislativa, gubernativa o jurisdiccional (la aplicación de leyes, el ejercicio de funciones por autoridad, corporación oficial o funcionario público, o el cumplimiento de sus acuerdos, resoluciones administrativas o judiciales)236.

Nótese ya cómo el Tribunal dice "impedimento u obstrucción", cuando el artículo 472 del Código Penal decía únicamente "impedir". Una clara lectura extensiva del delito de sedición (contraria a los intereses de los acusados y por ello inadmisible) que vuelve a hacer un poco más adelante:

La mera reunión de una colectividad de sujetos no es, sin más, delictiva. El delito surge cuando, además de ser tumultuaria y pública, acude como medios comisivos a actos de fuerza o fuera de las vías legales, para dirigirse con potencial funcionalidad a lograr que las leyes no se cumplan o *que se obstruya* la efectividad de las órdenes o resoluciones jurisdiccionales o administrativas237.

Pues bien, parece que los magistrados no necesitaban ya nada más para llegar a la conclusión de que el delito de sedición se encontraba caracterizado: había alzamiento tumultuario, se había producido mediante fuerza o violencia suficiente y, huelga decirlo, como vía de hecho, al margen pues de la legalidad, con la finalidad de dificultar el trabajo de las autoridades legítimas.

El Tribunal lleva a cabo una muy problemática lectura del término alzamiento, de nuevo en perjuicio de los acusados (*in malam partem*), considerando que un alzamiento no tiene por qué ser violento ("quienes entienden que, pese a esa redacción en términos alternativos, la exigencia de violencia en el delito de sedición es inherente al vocablo 'alzamiento', se apartan del significado gramatical de esa palabra")238. No alcanzo a entender aquí si el Tribunal quiere relativizar la violencia del tipo penal para que encaje mejor en los hechos o bien negar que en el delito de sedición la violencia sea un elemento típico necesario (lo cual iría en contra del sentido convencional del término alzamiento). Sea como fuere, cualquiera de las dos opciones representa una lectura *in malam partem* del tipo penal, rebajando hasta tal punto el significado del término alzamiento y la necesidad de violencia que, llegados a ese punto, cualquier movilización, manifestación o reunión mínimamente ruidosa e intimidante en sus formas (la llamada por el Tribunal violencia ambiental) podría encajar en el delito de sedición.

Algo similar ocurre con el término tumultuario. El Tribunal entiende que:

[N]o puede tener otra significación que la de "abierta hostilidad, y adiciona un contenido de hostilidad y violencia que no tiene por qué ser física ni entrañar el uso de la fuerza, como expresa la alternativa modal entre esta o 'fuera de las vías legales', pero que ha de vivificarse necesariamente en actitudes intimidatorias, amedrentadoras, injuriosas, etc."239.

Se aprecia de nuevo aquí una interpretación *a minima* del término: en vez de ver en él una fuerza o violencia de suficiente entidad orientada al fin delictivo perseguido, al Tribunal le bastan "actitudes intimidatorias, amedrentadoras o injuriosas". Y lo mismo vuelve a ocurrir con la finalidad característica del delito ("impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las leyes o a

cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales"), que va a ser interpretada por el Tribunal de tal suerte que "impedir" no signifique "impedir", sino mucho menos: "*Basta que se busque obstruir o dificultar* en términos tales que resulte funcional para el objetivo de disuadir de la persistencia en la aplicación de las leyes, en la legítima actuación de la autoridad, corporación pública o funcionarios para el cumplimiento de sus resoluciones administrativas o judiciales"[240].

La lectura que hace el TS parece querer encajar el tipo penal en los hechos probados (con violencia de baja intensidad), en contra de lo que se espera de él que haga: ver si los hechos probados encajan el delito. Para lo cual habría sido necesario constatar una auténtica violencia orientada hacia la consecución del fin delictivo perseguido. Y es que, a base de estirar el tipo penal, al final puede acabar entrando en él cualquier protesta ciudadana mínimamente tumultuaria o generadora de un ambiente hostil hacia las autoridades. Lo cual es, se mire como se mire, una auténtica barbaridad.

Esto vuelve a evidenciarse en la valoración que hace el Tribunal de los hechos probados[241]. Sorprende muy negativamente al respecto tanto la escasa entidad de los hechos considerados violentos como la extrema ligereza con la que se lleva a cabo la práctica de la prueba. Como lo dice Joan Queralt, "el órgano judicial debe poner de manifiesto específicamente de dónde y cómo ha extraído los hechos que dice probados"[242]. Y sobre este punto ha de reconocerse que la sentencia deja mucho que desear[243]. Queralt da varios ejemplos contundentes, pero puede servir aquí únicamente, a modo de ilustración del problema, lo que dice sobre la prueba de las lesiones sufridas por los agentes de policía el 1 de octubre:

*Múltiples lesiones* de diferente gravedad, se afirma. Unos hechos probados no pueden soportar esta expresión de múltiples lesiones sin más. ¿Dónde se menciona los informes de primera asistencia, de lesiones, de tratamientos médico-quirúrgicos, de internamientos, de rehabilitaciones, de secuelas, etc.? Cualquiera que tenga una experiencia medianamente forense sabe que cualquier sentencia relata con todo lujo de detalles las lesiones del tipo que sean, incluso las más anecdóticas o fugaces[244].

Un repaso rápido al relato de los hechos probados de la sentencia sirve para comprobar que Queralt tiene razón. El detalle de la prueba brilla más bien por su ausencia. Lo que sí se ofrecen son afirmaciones generales y apodícticas sobre la comisión del delito y la violencia desplegada el 20 de septiembre y el 1 de octubre. Una violencia que, por su inverosimilitud o, en cualquier caso, baja intensidad (algo que queda también reflejado en el relato de los hechos probados) puede pensarse que habría llevado a cualquier juez mínimamente razonable a desechar también el delito de sedición. Y es el que el peso escaso de la violencia que se dice que se despliega para cometer el delito de sedición vuelve a saltar a la vista en la parte conclusiva del examen que el Tribunal hace sobre dicho delito:

En los hechos probados de esta nuestra resolución se pone de manifiesto que las actuaciones de los días 20 de septiembre y 1 de octubre de 2017 estuvieron lejos de una pacífica y

legítima manifestación de protesta.

La hostilidad desplegada hizo inviable el día 20 de septiembre que los funcionarios dieran cumplimiento con normalidad a las órdenes del Juzgado nº 13 de instrucción de Barcelona, ocasionando miedo real, no solamente en los funcionarios que ejecutaban legítimas órdenes jurisdiccionales —es el caso de la letrada de la Administración de justicia actuante en la sede de la Vicepresidencia—, sino en los funcionarios autonómicos bajo investigación, que habían de ser trasladados, por exigencia legal, a los inmuebles en los que se estaban practicando los registros.

Y los comportamientos del día 1 de octubre implicaron el uso de fuerza suficiente para neutralizar a los agentes de policía que legítimamente trataban de impedir la votación, según venían obligados por expreso mandato judicial245.

En conclusión, nos encontramos ante tal cúmulo de irregularidades por parte del TS en su examen de los hechos y la aplicación de la norma penal que no es necesario ir más lejos en este apretado análisis. Sirve, creo, para mostrar con claridad suficiente que el Tribunal hace lo que nunca tendría que hacer un juez penal al examinar hechos presuntamente delictivos de la gravedad de la rebelión y la sedición. La impresión que queda es que la decisión de condenar a los acusados de manera severa y ejemplar estaba tomada de antemano y solo quedaba hacer encajar, forzando lo que hiciera falta, los hechos en el tipo penal o el tipo penal en los hechos (daba igual). Si para ello se tenía que hacer una lectura extensiva del tipo delictivo, de tal suerte que se difuminase la frontera con otros delitos relativos al orden público y se entrara (puede pensarse) en la parcela que constitucionalmente tienen protegida los ciudadanos en materia de expresión, reunión y protesta, se hacía sin problema. Y si se veía la necesidad de darle a los hechos ocurridos el significado que mejor conviniera, también. Y puede entenderse que el Tribunal tuviera que realizar semejantes contorsiones si quería condenar a los acusados, porque el delito de sedición no podía ser probado de otra forma.

## 5.5. Gestionando el bochorno

A pesar de los esfuerzos que se han podido desplegar para que se entienda que el proceso penal contra los líderes independentistas no era un proceso contra el *procés* (una oportunidad de criminalizar el independentismo demasiado buena como para dejarla pasar), sino un proceso judicial normal, tratado como se trata cualquier otro caso, la sensación que deja todo lo obrado en esa causa penal especial es que se ha instrumentalizado el derecho en vigor todo lo que se ha considerado necesario para condenar a los líderes independentistas a penas de prisión de más de diez años.

Me viene a la mente ahora el comentario irónico que Joan Queralt, catedrático de Derecho Penal (e independentista), repitió a lo largo del *procés* en las redes sociales y en medios de comunicación246, alertando de ese particular uso del derecho que se estaba haciendo en España. Se refería a ello diciendo que

parecía haber muchos juristas con un diploma de la Facultad de Derecho de Guantánamo, en referencia clara a una zona franca (de excepción) ajena a las reglas y principios del Estado de derecho. Si la comparación es exagerada (en su intensidad), creo que puede afirmarse que revela una verdad que el nacionalismo español no puede ocultar con facilidad, como lo es el uso político (la manipulación, por lo tanto) que ha hecho de su propio derecho para luchar contra el independentismo catalán.

No han faltado de hecho quienes, en el seno de ese mismo nacionalismo español, han criticado esa deriva en la fase penal que nos ha interesado en este capítulo. Si pocas han sido las voces dispuestas a expresar su disconformidad con el trabajo llevado a cabo por el TC en los primeros años del *procés*, o más tarde incluso, una vez pasado el susto con el que la gran mayoría vive en España los hechos de septiembre y octubre de 2017, esa crítica va a emerger. Un ejemplo lo tendríamos en el manifiesto contundente firmado por más de 100 profesores de Derecho Penal de las universidades españolas a principios de noviembre de 2017, titulado "Legalidad penal y proceso independentista"[247]. Algo que muestra al menos dos cosas, a mi entender. La primera es que el nacionalismo español es hasta el otoño de 2017 un bloque granítico en su reacción frente a lo que se percibe como una amenaza seria a la unidad e indisolubilidad de la nación. De ahí la unanimidad constatada en las páginas anteriores en la lectura que se hace del golpe de Estado y de Kelsen (también de Carl Schmitt)[248], o los comentarios en defensa de la acción del TC que dominan en el constitucionalismo español. Sin embargo, y sería la segunda, este bloque empieza a tener fisuras (seguramente menos de las necesarias) una vez que el peligro sobre la unidad de la nación se disipa, con el independentismo catalán ya vencido, y se abren causas penales por rebelión y sedición ante los tribunales españoles. Como lo acabo de mencionar, son muy numerosos los profesores de Derecho Penal que van a cuestionar esas acciones judiciales desde el primer momento, por entender que no tenían base fáctica y jurídica. Va a ser a partir de entonces cuando el nacionalismo español progresista empiece a vivir con bochorno lo que el bloque conservador mayoritario va a poner en marcha por la vía penal; va a ser entonces también cuando los tribunales extranjeros (estos sí imparciales, es decir, sin intereses nacionales en juego) a los que se va pedir la extradición de los líderes independentistas que salieron del país, se nieguen a entregarlos a las autoridades españolas, confirmando así las dudas que se podían tener sobre la justicia española en este caso. Y va a ser también cuando se empiece a temer las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que tarde o temprano llegarán en respuesta a los recursos presentados por los líderes independentistas condenados, que muy probablemente les serán favorables. Todo ello generando un sonrojo que el nacionalismo jurídico progresista ha debido gestionar como ha podido, no así el conservador, que ha seguido defendiendo a capa y espada la ejemplaridad de las autoridades españolas en la gestión de la crisis independentista.

Ese cambio de actitud en los sectores progresistas del nacionalismo español me parece muy interesante. Tanto que creo que puede cerrarse este capítulo con un par de comentarios breves al respecto. Me permitirán esclarecer dos puntos que considero importantes y sobre los que suele haber bastante confusión cuando hablamos de nacionalismo (jurídico aquí): 1) el interés (nacional), tal y como lo

percibimos unos y otros, es claro y 2) la intensidad o grado de nuestro nacionalismo.

Sobre el primer punto pesa la creencia bastante extendida en nuestras sociedades sobre la incompatibilidad entre nacionalismo y las posiciones ideológicas que definimos como progresistas o de izquierdas. Podría pensarse que la actitud de los juristas progresistas españoles que han denunciado la ausencia de base jurídica del proceso penal contra los líderes independentistas refleja precisamente su alejamiento respecto del marco mental del nacionalismo, claramente representado en este caso por el nacionalismo conservador que sigue defendiendo a las autoridades españolas contra viento y marea. Creo que lo segundo es cierto. Es el nacionalismo conservador el que representa de manera más evidente o visible el perfil nacionalista alto o más radicalizado. Es un sector del nacionalismo español que actúa como una persona herida en su orgullo y que va a priorizar la búsqueda de una reparación satisfactoria por medio de la venganza ante unos tribunales que controla. En la determinación de su interés nacional pesa más el sentimiento que la razón.

Ahora bien, el hecho de que lo segundo sea cierto no quiere decir que lo primero también lo sea. En realidad, pensar que los sectores progresistas se alejan de la defensa a ultranza de la rebelión y la sedición por su perfil no nacionalista haría muy difícil explicar cómo solo unas pocas semanas antes (y durante prácticamente toda la duración del *procés*) fueron capaces, de manera más o menos activa, de defender posiciones y argumentos tan jurídicamente faltos de base como los defendidos por el TC o el Gobierno de Mariano Rajoy. Como lo he dicho, el interés (nacional) de esos sectores progresistas pudo ser durante el *procés* evitar a toda costa un referéndum de independencia (perfectamente posible en el orden jurídico español, digan lo que digan sus numerosos guardianes) en el que podían temer perder parte del territorio nacional, rompiendo así una unidad que el marco nacionalista dominante en España entiende como indisoluble. Desde esa percepción del problema, era por lo tanto necesario y estaba justificado, en cualquier caso, hacerle decir al derecho español lo que hiciera falta para evitar que eso ocurriera.

Una vez que ese peligro desaparece con la victoria política clara del Estado sobre el independentismo y el foco se desplaza hacia el castigo que merecen los líderes independentistas por los hechos de septiembre y octubre de 2017 la situación cambia. La defensa del interés nacional ya no tiene que ver con la unidad e indisolubilidad de la nación, sino con la respuesta penal que dar a los citados hechos. Y aquí puede parecer normal que el nacionalismo progresista se sienta más concernido que el conservador por la posible violación de derechos fundamentales de los ciudadanos (aunque sean independentistas), especialmente expuestos en la vía penal. Su prioridad puede cambiar, pues la nación ya no está en peligro. Es más, podría decirse que el interés nacional español llegados a ese punto no era para el sector progresista iniciar una causa penal claramente abusiva, la cual obligaría a cometer tales destrozos y violaciones en su propio orden jurídico, en detrimento necesario de la autoridad de sus más altos tribunales, que la imagen de la propia nación como una nación comprometida con los valores de la democracia y el Estado de derecho quedaría dañada. Y todo ello va a ser vivido con cierto bochorno por esos sectores progresistas en el seno del

nacionalismo español al ver la imagen que se estaba dando del país en el extranjero y, más concretamente, en democracias de su entorno que se negaban a entregar a los líderes independentistas huidos, como si España fuera, en efecto, un país del que no se pudiesen fiar.

La reacción que se produce en el nacionalismo español progresista contra el proceso penal por rebelión y sedición no ha de ser vista como un abandono del marco nacionalista. Me permito sugerir más bien que actuó en ese caso concreto como un nacionalismo racional y razonable. Lo cual tiene sin duda una relación íntima y necesaria con el segundo punto que me interesa: la intensidad del nacionalismo. Y es que, bien mirado, no se dice mucho cuando se afirma que alguien o algo es nacionalista. Como ya lo expuse en un trabajo anterior, todos somos nacionalistas en mayor o menor grado[249]. Y es ese grado o intensidad del nacionalismo lo que lleva en unos casos a actitudes racionales y razonables, y en otros, a lo contrario. Creo, por ejemplo, que no era muy racional (jurídicamente) y razonable (políticamente) defender que los referéndums consultivos tienen efectos jurídicos con el objetivo de impedir que se pudiera celebrar uno sobre la independencia. No es racional, es decir, conforme a la razón o lógica jurídica, porque un referéndum consultivo no puede tener ni tiene nunca efectos jurídicos. No es razonable porque hay razones de peso suficientes, tanto normativas como de oportunidad, para pensar 1) que los proyectos políticos democráticos, como lo es el independentista, han de ser enfrentados utilizando los medios democráticos conocidos (expresión, reunión, voto, etc.) y 2) que el nacionalismo español ganaría en un referéndum sobre la independencia en Cataluña. Un nacionalismo jurídico racional y razonable habría entendido esto, como así se hizo en el Reino Unido, por ejemplo. Nótese que con un Gobierno conservador. Nótese asimismo que se produce casi al mismo tiempo que el Brexit.

La intensidad o grado del nacionalismo permite distinguir ciertamente entre un nacionalismo progresista y otro conservador en España. Una intensidad mayor, como se ha visto, ha llevado al nacionalismo conservador mucho más lejos en la manipulación de su propio derecho contra el independentismo, asumiendo como algo legítimo una causa penal por rebelión y sedición por la que el nacionalismo progresista ha podido pasar vergüenza. Pero recuerden lo que dije ya en el primer capítulo: esa vergüenza solo se siente desde el sentimiento compartido de pertenencia a una nación. Y eso es básicamente el nacionalismo.

# Conclusión

El derecho es un material dotado de una gran elasticidad. Esto abre un sinfín de posibilidades para los poderes públicos. Si muchas de ellas se encuentran vedadas en nuestros sistemas no es, desde luego, debido a la particular rigidez del derecho, sino a la que la democracia muestra respecto de ciertos contenidos considerados indeseables, como lo puede ser la pena de muerte, por poner un ejemplo. En el momento en que escribo esta conclusión se está negociando en España un acuerdo que permita al PSOE conservar la presidencia del Congreso de los Diputados y, en pocas semanas, formar quizás un nuevo Gobierno de coalición progresista. En dicha negociación parece que el candidato a presidente de Gobierno ha tenido que aceptar el uso normal del catalán, del vasco y del gallego en la Cámara de representación popular, algo que podría pensarse que contraviene lo dispuesto en el artículo 3 de la Constitución, en el que se afirma que el castellano es la lengua oficial del Estado, reservando el uso (cooficial) de las otras lenguas españolas a "sus respectivas Comunidades Autónomas"[250]. Pues bien, independientemente de la inconstitucionalidad aparente (y discutible) que acabo de mencionar (que el propio PSOE también veía hace solo un par de años)[251], parece que se ha decidido hacer una lectura diferente del artículo 3. El tiempo dirá si esa nueva interpretación del derecho español se acaba consolidando. Me interesa este ejemplo aquí solo por dos razones. Primero, porque muestra con claridad suficiente el error en el que incurren quienes afirman que ciertas respuestas o soluciones a los problemas son jurídicamente imposibles al haber quedado "fijadas" en la Constitución de una determinada forma: todo es jurídicamente posible habiendo voluntad política para darle encaje (por forzado que parezca) en el orden jurídico. Y segundo, porque permite ver hasta qué punto las discusiones acerca de la inconstitucionalidad de las decisiones políticas dependen de la política y de la relación de fuerzas. Y con mayor razón, quizás, cuando derecho y política navegan por las aguas agitadas del conflicto nacional. De eso he querido hablar en este libro.

La tesis que he desarrollado en él es que el nacionalismo jurídico es una

realidad tan extendida en nuestras sociedades como el nacionalismo mismo. No es más, de hecho, que una de sus múltiples expresiones. No obstante, como lo indiqué, no deja de ser curioso que los estudios especializados en el nacionalismo describan un fenómeno que lo coloniza prácticamente todo en nuestras sociedades modernas (arte, deporte, educación, etc.) y, en cambio, tengamos la impresión de que el ámbito del derecho es completamente ajeno a él. No lo es menos (pero se entiende visto lo que acabo de decir) que no existan estudios especializados en el nacionalismo enfocados en el derecho. Pues bien, con este libro he querido colmar modestamente este último vacío y desmontar los prejuicios que sostienen esa representación del derecho como algo no solo ajeno al nacionalismo, sino abiertamente en contradicción con él.

Como lo he explicado, creo que es necesario interrogarnos más de lo que lo hemos hecho colectivamente hasta hoy sobre lo que significa tener una identidad nacional para los ciudadanos en nuestras democracias. Negar que la identidad nacional tenga un impacto en nuestra manera de ver las cosas, pensar, actuar, establecer prioridades, valores, etc., no es algo que parezca coherente con la idea que manejamos todos de lo que implica para los humanos tener una identidad social, política, cultural o de otro tipo. En el fondo, sería lo mismo que decir que se es de derechas o de izquierdas, burgués u obrero, dueño de una multinacional o activista ecologista, pero sin que las identidades asociadas a esos estados nos muevan a actuar o pensar de un determinado modo, acorde a ellas. Quizás no haya ayudado mucho en esto el posmodernismo, al introducir la ilusión seductora de que en nuestro mundo globalizado todas las identidades están a nuestro alcance, que son borrosas, inestables, intercambiables, líquidas o como se prefiera. Una manera de razonar que muestra su error cuando pincha en el hueso de identidades sociales, culturales o políticas muy arraigadas en nosotros. No todas las identidades son y pesan lo mismo. No es lo mismo, en efecto, ni tal puede pretenderse sin caer en un razonamiento absurdo, la identidad del ajedrecista, del heterosexual o del vegano que la identidad nacional a la hora de pensar la forma y las fronteras de nuestros sistemas políticos o de valorar la pertinencia de dichas identidades a efectos de determinar si un colectivo humano tiene derecho a la autodeterminación.

Si tener identidad nacional tiene consecuencias en la práctica, es decir, si pensamos y nos comportamos de acorde a nuestra identidad nacional en aquellos casos en que esta se siente interpelada al punto de pesar (al lado de todas nuestras otras identidades) lo suficiente en nuestra balanza racional, entonces nos hemos de preguntar si eso puede ser visto como algo que podamos razonablemente disociar del nacionalismo. Y no parece que esta pregunta pueda tener una respuesta afirmativa, aunque solo sea porque precisamente ese es uno de los cometidos del nacionalismo: crear una nación en la que los ciudadanos compartan una misma identidad nacional. A no ser, es claro, que se entienda —pero no sé si esto le puede parecer convincente a alguien— que el nacionalismo crea identidad nacional para que la nación se debilite y no sea capaz de perdurar en el tiempo, generación tras generación. Como lo cierto es lo contrario, debería resultar obvio que el nacionalismo produce identidad nacional para seguir produciendo nacionalismo (es decir, para que los portadores de esa identidad sigan produciéndolo), que no es otra cosa que el carburante que sostiene la

nación.

Esto es importante para nuestra comprensión cabal del nacionalismo jurídico porque, como lo he dicho, se ha de tener presente que los juristas son siempre antes personas o ciudadanos socializados en el nacionalismo que juristas. Dicho de otro modo, los juristas también tienen una identidad nacional. El legislador, el juez y el profesor de derecho no tienen nada que ver con la imagen ideal que los manuales nos proporcionan acerca del funcionamiento de los sistemas jurídicos, un orden caracterizado, entre otras cosas por la impersonalidad que se atribuye a sus decisiones. De esta imagen o representación ideal (puramente normativa, es decir, que expresa un deseo valioso o ideal a alcanzar) no se puede inferir con un mínimo de verosimilitud que los profesionales del derecho son individuos inmunes a la influencia de sus múltiples identidades (de clase, género, religión, etc.). Creo, por lo demás, que esto es algo que se acepta hoy con bastante naturalidad. Me refiero a que somos conscientes de que el legislador, el juez y el profesor de derecho tienen unos sesgos de clase, género, religión, etc., clara y fácilmente observables en su trabajo. Pues bien, si esto que acabo de decir puede aceptarse, ¿por qué resistirse a aceptar que existan también sesgos de nación? Si convenimos en que la identidad produce sesgos en nuestra manera de pensar y actuar, deberíamos aceptar que la identidad nacional también produce sesgos del mismo tipo. Sin embargo —insisto en que esto me parece muy significativo—, todo indica que lo que aceptamos en un caso, lo rechazamos cuando la identidad nacional se pone en el centro del debate.

Si hacemos el esfuerzo de tratar de entender lo anterior, entonces puede parecer bastante claro que los sesgos que, como decía, surgen de manera inevitable cuando se ve afectada alguna de nuestras identidades, y con ellas alguno de nuestros intereses o afectos, también han de aparecer en el ámbito del derecho cuando lo que está en juego son intereses fundamentales de nuestra comunidad nacional y, a través de ella, los propios intereses y afectos de los juristas (ciudadanos como los demás). Tan claro como lo anterior lo es que la independencia de una parte del territorio nacional, sobre todo si es de las más prosperas y productivas, puede ser vista como algo que afecta especialmente a la comunidad nacional, además de generar un comprensible sentimiento de rechazo por la ruptura afectiva que ello implicaría. Como lo expliqué en el primer capítulo, existe un interés material y afectivo muy claro y comprensible contrario a la independencia de Cataluña o del País Vasco. Y ese interés es el que mueve, lógicamente, a oponerse a ella. Un interés que podrá lógicamente calificarse de nacionalista.

Como se ha explicado y visto en las páginas de este libro, lo que dicho interés nacionalista ha hecho en España es, por una parte, dar excesivo protagonismo al nacionalismo jurídico (a sus actores) y, por la otra, traer al discurso jurídico una forma de razonar que es más característica del discurso político, atento a fines como la eficacia, la oportunidad, las preferencias o prioridades, etc. Todo ello, es claro, defendiendo que el discurso que se despliega es puramente jurídico y que aporta unas soluciones o respuestas que se derivan del derecho en vigor. Estamos, por decirlo sin rodeos, ante una maniobra tramposa. Y el tamaño de la trampa va a depender del interés en juego, es decir, por una parte, de la percepción que se tenga del peligro que acecha a la

comunidad nacional y, por la otra, del grado o intensidad de nacionalismo (que depende de la particular cultura nacional en cada caso) que se despliegue colectivamente ante ese peligro. Puede pensarse, por lo demás, que ambas cosas están íntimamente relacionadas, en el sentido de que cuanto mayor sea el peligro contra el que se reacciona, mayor será la intensidad del nacionalismo en el discurso jurídico desplegado.

Esto es algo que, como expliqué en los capítulos 3 y 4, puede observarse en la respuesta cuasi unánime de los operadores jurídicos españoles ante la cuestión del referéndum vasco, primero, y catalán, después. La intensidad ha de notarse, primero, en la solidez extraordinaria del bloque que forman el Ejecutivo (con la oposición), el poder judicial y la Academia jurídica. Desde la STC 103/2008 en adelante la sensación ha sido la de estar ante una mayoría aplastante. Tanto, de hecho, que podría incluso entenderse que el jurista persa pensara que, en tales condiciones, solo se podía estar en desacuerdo con ella desde el desconocimiento del derecho español o la mala fe. Pero también se va a poder observar la intensidad alta de ese nacionalismo en el tamaño de las trampas que introduce en el debate y la reflexión jurídica. En efecto, se va a poder ver cómo de repente cosas que nunca hasta entonces habían tenido efectos jurídicos, ni por lo tanto capacidad para vulnerar la menor norma jurídica del orden español, como los referéndums consultivos del artículo 92 CE o las resoluciones parlamentarias, pasaban a ser considerados objetos idóneos de examen jurídico por parte del TC por el peligro que se percibía que tenían para el orden constitucional. Todo un sinsentido jurídico que se hacía pasar por un razonamiento de lo más ortodoxo en el mundo del derecho. En idéntica clave pueden interpretarse los intentos de hacer ver que el derecho y la política comparada (concretamente los casos de Canadá y Reino Unido) no servían en el caso español, dotado de una Constitución rígida que impedía hacer determinadas cosas. Sin embargo, no se dudará en ir a buscar otros casos (más favorables, obviamente), como Italia y Alemania, en los que, en rigor, la comparación resultaba forzada al no haber en dichos países movimientos nacionalistas subestatales (lo que a veces se reconoce) con capacidad para forzar la introducción del tema de la autodeterminación nacional en el debate público del conjunto del Estado[252].

Una tras otra, las trampas jurídicas realizadas han sido tan numerosas como gruesas. Y la bola de nieve se ha ido haciendo tan grande que cuando se llega al final del *procés*, quienes en el nacionalismo español se podían sentir más molestos, ofendidos o humillados (las derechas, aunque también una minoría jacobina en la izquierda) por el desafío que el nacionalismo catalán se había atrevido a lanzarles, van a poder seguir haciendo trampas jurídicas, esta vez no ante el TC, para ver si se podía o no hacer un referéndum, sino ante la jurisdicción penal, para ver si se podía encarcelar durante más de 20 años a los líderes políticos y sociales del independentismo catalán. Y en este punto, como lo comenté en el capítulo 5, se va a poder observar una inflexión en ese bloque sin fisuras que había sido el nacionalismo jurídico español durante el *procés*. No es que la trampa jurídica que consistía en tratar de enviar a la cárcel a los líderes independentistas por rebelión y sedición fuese formalmente más gruesa (materialmente sí, por supuesto, por su gravedad) que las muchas que ya se habían utilizado en los años previos. Pero el contexto cambia con el

independentismo vencido y el nacionalismo jurídico progresista (alarmado por las consecuencias penales de un conflicto político democrático) deja de ver el interés de seguir haciendo trampas. No le faltaba razón, pues la unidad nacional ya no estaba en peligro. En realidad, nunca lo había estado, pero esta es una percepción del problema que el nacionalismo jurídico progresista nunca compartió. Razón por la que se le pudo ver remar en la misma dirección que el nacionalismo jurídico más conservador durante esos cinco años. Y, a veces, con el mismo grado de intensidad.

Ahora bien, como también he tratado de explicar, creo que cometeríamos un error si asociáramos el nacionalismo jurídico exclusivamente a esas trampas burdas que en España se han hecho para evitar un referéndum indeseado y castigar de manera ejemplar al independentismo en la vía penal. Porque, en realidad, si el nacionalismo tiene que ver con la defensa de los intereses de la nación, entonces puede pensarse que la opción que consistía en defender que el referéndum no solo era posible, sino incluso que quizás podía ser bueno celebrarlo (para ganarlo, obviamente), también puede ser considerada como nacionalismo (jurídico). Cuando se sabe todo lo que ha conllevado el *procés* (instrumentalización de los más altos órganos judiciales del Estado, con su consiguiente pérdida de autoridad; aparición de Vox, un partido de extrema derecha; problemas de gobernabilidad, con repeticiones electorales hasta entonces nunca vistas, etc.), no parece muy arriesgado, de hecho, decir que si se hubiera detenido en 2014 con la celebración de un referéndum de independencia ganado por el nacionalismo español, todo ello habría tenido consecuencias favorables para los intereses españoles. Esto, que no son sino conjeturas, encuentra, a pesar de todo, evidencia empírica que apunta en esa dirección en la experiencia política comparada. En efecto, pensemos en Canadá, en donde el independentismo quebequense se hunde poco a poco hasta devenir marginal en la actualidad después de su derrota en el referéndum de 1995. O pensemos en el referéndum escocés de 2014, también perdido por el independentismo, cuyo retroceso también parecía inevitable de no haber mediado un Brexit que ha podido hacer lamentar su voto contrario a la independencia a una parte del unionismo escocés que deseaba seguir formando parte de la UE.

La pregunta aquí sería, entonces, si el Reino Unido (bajo Gobierno conservador, nótese bien) que negoció un referéndum para que los escoceses pudieran expresar su grado de adhesión o rechazo al proyecto nacional británico podía seguir una lógica no nacionalista y pocos meses después, bajo el mismo Gobierno, implementar un proyecto (el Brexit) que ha podido ser considerado como la expresión más clara y retrógrada del nacionalismo británico. Pasa lo mismo con el caso canadiense. Con lo fácil que habría sido para el Gobierno canadiense atacar en justicia el referéndum de independencia y al Tribunal Supremo inventarse alguna regla contraria a su celebración, el Estado canadiense decide asistir a dos referéndums de independencia sin impedirlos. El argumento que consistiría en decir que eso pasa porque no hay nacionalismo canadiense y que a la clase política en ese país le daba absolutamente igual que la unidad nacional se viera afectada no parece desde luego muy convincente. Lo parece mucho más —creo— pensar que el nacionalismo de Estado allí, como en el Reino Unido, decidió proteger sus intereses nacionales de un modo diferente,

probablemente más acorde a los valores y principios democráticos y liberales.

El nacionalismo jurídico no es, por lo tanto, necesariamente sinónimo de trampas jurídicas más o menos gruesas. Puede jugar limpio en defensa de sus legítimos intereses, sin que esto implique que tenga un menor interés y afecto por su comunidad nacional que los nacionalismos que juegan sucio. Lo que sí es cierto es que, como en el *distinguo* entre nacionalismo caliente y templado de Billig, siempre es mucho más fácil ver el nacionalismo jurídico cuando hace trampas gruesas, respondiendo de manera exagerada y exaltada ante los problemas que se presentan. Aunque solo sea porque, en este caso, los juristas adquieren un protagonismo que no pueden tener cuando se juega limpio. Y nótese que cuando hablo de jugar limpio, en referencia al caso español, no me refiero únicamente a la opción que he apuntado como aquella que se alinea mejor con los principios y valores democráticos, dando una respuesta favorable a las reivindicaciones vascas y catalanas en favor de un referéndum sobre su futuro político. En realidad, si se piensa bien, el protagonismo del nacionalismo jurídico y los excesos a que se ha librado podían haberse evitado si el Gobierno español hubiese hecho uso del artículo 155 CE mucho antes. Cierto que esta medida puede parecer extrema y, seguramente, por ello no se recurrió a ella hasta octubre de 2017. Pero es, en cualquier caso, una respuesta o decisión política a un problema político. Piénsese en todos los destrozos que se habrían evitado si se toma esa decisión en 2014, por ejemplo.

El interés nacional, el sentimiento de pertenencia y el afecto por la nación se dan en todas las comunidades nacionales. De cómo se actúe para protegerlos depende de muchos factores. Uno de ellos, sin duda fundamental, es la cultura política democrática que cada comunidad nacional sea capaz de desarrollar en su seno, pues cuenta con potencial suficiente para domesticar al nacionalismo, evitando así que sobreactúe en reacción a los problemas a los que ha de hacer frente, sea la inmigración, la progresiva pérdida de competencias en el marco de la federalización de la UE o las reivindicaciones de los nacionalismos subestatales. Es algo, en definitiva, que puede conseguir que la dimensión racional del nacionalismo (los intereses) prime en su reflexión y acción sobre la dimensión afectiva, que es la que lleva a los nacionalismos a actuar más bien siguiendo los dictados del corazón que los de la razón. Creo que el caso español estudiado lo ilustra especialmente bien.

## Bibliografía


Almeda, Pere (ed.) (2021): *Cataluña-España. ¿Del conflicto al diálogo político?*, Madrid, Los Libros de la Catarata.

Álvarez Junco, José (2016): *Dioses útiles. Naciones y nacionalismo*, Madrid, Galaxia Gutenberg.

Álvarez Junco, José; Beramendi, Justo y Requejo, Ferran (2005): *El nombre de la cosa. Debate sobre el término "nación" y otros conceptos relacionados*, Madrid, CEPC.

Anderson, Benedict (1983): *Imagined Communities. Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Londres, Verso.

Archilés, Ferran (ed.) (2018): *No solo cívica. Nación y nacionalismo cultural español*, Valencia, Tirant Humanidades.

Archilés, Ferran; García Carrión, Marta y Saz, Ismael (eds.) (2013): *Nación y nacionalización. Una perspectiva europea*, Valencia, Universitat de València.

Atienza, Manuel (2009): *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel.

Bastida, Xacobe (1998): *La nación española y el nacionalismo constitucional*, Barcelona, Ariel.

— (2007): "La senda constitucional. La nación española y la Constitución", en Taibo, C. (dir.), *Nacionalismo español. Esencias, memoria e instituciones*, Madrid, Los Libros de la Catarata, pp. 113-158.

— (2016): "El derecho de autodeterminación como derecho moral: una apología de la libertad y del deber político", en Cagiao y Conde, J. y Ferraiuolo, G. (coords.), *El encaje constitucional del derecho a decidir. Un enfoque polémico*, Madrid, Los Libros de la Catarata, pp. 218-268.

Billig, Michael (1995): *Banal Nationalism*, Londres, Sage.

Bossacoma Busquets, Pau (2010): *Morality and Legality of Secession. A Theory of National Self-Determination*, Cham, Palgrave Macmillan.

Buchanan, Allen (2013): *Secesión. Causas y consecuencias del divorcio político*, Barcelona, Ariel.

Cagiao y Conde, Jorge (2016): "¿Es posible un referéndum de independencia en el actual ordenamiento jurídico español? El derecho explicado en la prensa", en Cagiao y Conde, J. y Ferraiuolo, G. (coords.), *El encaje constitucional del derecho a decidir. Un enfoque polémico*, Madrid, Los Libros de la Catarata, pp. 142-182.

— (2017): "Secesión y reforma constitucional. ¿Y si no fuera necesario reformar la Constitución?", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 71-72, pp. 140-143.

— (2018): *Micronacionalismos. ¿No seremos todos nacionalistas?*, Madrid, Los Libros de la Catarata.

— (2021): "La soberanía discutida. Una aproximación analítica y normativa a los conflictos territoriales de soberanía", en Almeda, P. (ed.), *Cataluña-España. ¿Del conflicto al diálogo político?*, Madrid, Los Libros de la Catarata, pp. 522-553.

— (2022): *Democracia y nación. España en el laberinto plurinacional*, Madrid, Los Libros de la Catarata.

Cagiao y Conde, Jorge y Ferraiuolo, Gennaro (2016): "¿Sabemos algo sobre el referéndum o estamos condenados a opinar?", *Agenda Pública*, 30 de mayo.

— (coords.) (2016): *El encaje constitucional del derecho a decidir. Un enfoque polémico*, Madrid, Los Libros de la Catarata.

— (dir.) (2022): *La legitimidad de la secesión a debate*, Madrid, Los Libros de la Catarata.

— (dir.) (en prensa): *Donde menos te lo esperas. El nacionalismo banal español*, Granada, Comares.

Cagiao y Conde, Jorge y Martin, Vianney (dir.) (2015): *Federalismo, autonomía y secesión en el debate territorial español. El caso catalán*, París, Le Manuscrit.

Calhoun, Craig (1997): *Nationalism*, Buckingham, Open University Press.

Closa, Carlos; Margiotta, Costanza y Martinico, Giuseppe (ed.) (2020): *Between Democracy and Law. The Amorality of Secession*, Londres y Nueva York, Routledge.

Day, Graham y Thompson, Andrew (2004): *Theorizing Nationalism*, Londres y Nueva York, Palgrave Macmillan.

Delanty, Gerard y O'Mahony, Patrick (2002): *Nationalism and Social Theory*, Londres, Sage.

Delledonne, Giacomo y Martinico, Giuseppe (eds.) (2019): *The Canadian Contribution to a Comparative Law of Secession. Legacies of the Quebec Secession Reference*, Cham, Palgrave Macmillan.

Dieckhoff, Alain (2012): *La Nation dans tous ses Etats. Les identités nationales en mouvement*, París, Flammarion.

Ferraiuolo, Gennaro (2016): *Costituzione, federalismo, secessione. Un itinerario*, Nápoles, Editoriale Scientifica.

Gagnon, Alain-G.; Lecours, André, Nootens, Geneviève (eds.) (2007): *Les nationalismes majoritaires contemporains: identité, mémoire, pouvoir*, Montreal, Québec-Amérique.

— (2008): *La raison du plus fort. Plaidoyer pour le fédéralisme plurinational*, Montreal, Quebec-Amérique.

— (2011): *L'âge des incertitudes. Essais sur le fédéralisme et la diversité nationale*, Quebec, Presses de l'Université de Laval.

— (2021): *Le choc des légitimités*, Quebec, Les Presses de l'Université Laval.

Gellner, Ernest (1983): *Nations and Nationalism*, Oxford, Blackwell.

Greenfeld, Liah (1993): *Nationalism. Five Roads to Modernity*, Harvard University Press.

Guibernau, Montserrat (2009): *La identidad de las naciones*, Barcelona, Ariel.

Hobsbawm, Eric (1990): *Nations and Nationalism since 1780*, Cambridge, Cambridge University Press.

Hobsbawm, Eric y Ranger, Terence (eds.) (1983): *The Invention of Tradition*, Cambridge, Cambridge University Press.

Kelsen, Hans (1996): *Théorie générale des normes*, París, PUF.

— (1999): *Théorie pure du droit*, París, Bruylant-LGDJ.

Kymlicka, Will (2001): *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités*, París, La Découverte.

— (2001): *Politics in the Vernacular. Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*, Oxford, Oxford University Press.

— (2007): *Multicultural Odysseys. Navigating the New International Politics of Diversity*, Oxford, Oxford University Press.

Luengo Teixidor, Félix y Molina Aparicio, Fernando (eds.) (2016): *Los caminos de la nación. Factores de nacionalización en la España contemporánea*, Granada, Comares.

MacCormick, Neil (1990): "Of Self-Determination and Other Things", *Bulletin of*

*the Australian Society of Legal Philosophy*, nº 15, pp. 1-20.

Máiz, Ramón (2004): "*Per modium unius*: más allá de la dicotomía nacionalismo cívico vs. nacionalismo étnico", en Gurrutxaga, A., *El presente del Estado-nación*, Bilbao, UPV, pp. 107-130.

— (2018): *Nacionalismo y federalismo. Una aproximación desde la teoría política*, Madrid, Siglo XXI.

Miller, David (1995): *On Nationality*, Oxford, Oxford University Press.

Moreno Luzón, Javier (ed.) (2011): *Izquierdas y nacionalismos en la España contemporánea*, Madrid, Pablo Iglesias.

Norman, Wayne (2006): *Negotiating Nationalism. Nation-building, Federalism, and Secession in the Multinational State*, Oxford, Oxford University Press.

Núñez Seixas, Xosé Manoel (2010): *Patriotas y demócratas. El discurso nacionalista español después de Franco*, Madrid, Los Libros de la Catarata.

— (2018): *Suspiros de España. El nacionalismo español 1808-2018*, Barcelona, Crítica.

Ozkirimli, Umut (2010): *Theories of Nationalism. A Critical Introduction*, Londres, Palgrave Macmillan.

Payero, Lucía (2014): *El derecho de autodeterminación de los pueblos. Análisis crítico del marco constitucional español desde la filosofía jurídico-política*, Oviedo, Universidad de Oviedo (tesis doctoral).

Quiroga, Alejandro y Archilés, Ferran (eds.) (2018): *Ondear la nación. Nacionalismo banal en España*, Granada, Comares.

Requejo, Ferran (2003): *Federalisme plurinacional i estat de les autonomies. Aspects teòrics i aplicats*, Barcelona, Proa.

— (2009): *Fédéralisme multinational et pluralisme de valeurs. Le cas espagnol*, Bruselas, Peter Lang.

Rodríguez Abascal, Luis (2000): *Las fronteras del nacionalismo*, Madrid, CEPC.

Sánchez-Cuenca, Ignacio (2018): *La confusión nacional. La democracia española ante la crisis catalana*, Madrid, Los Libros de la Catarata.

Schmitt, Carl (2003): *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial.

Smith, Anthony (1986): *The Ethnic Origins of Nations*, Oxford, Blackwell.

— (1995): *Nations and Nationalism in a Global Era*, Cambridge, Polity.

Sorens, Jason (2012): *Secessionism. Identity, Interest, and Strategy*, Montreal, McGill-Queen's University Press.

Taibo, Carlos (dir.) (2007): *Nacionalismo español. Esencias, memorias e instituciones*, Madrid, Los Libros de la Catarata.

— (2014): *Sobre el nacionalismo español*, Madrid, Los Libros de la Catarata.

Tamir, Yael (1993): *Liberal Nationalism*, Princeton, Princeton University Press.
— (2019): *Why Nationalism*, Princeton, Princeton University Press.
Thiesse, A.-M. (1999): *La création des identités nationales. Europe XVIII-XX siècles*, París, Seuil.
— (2010): *Faire les Français. Quelle identité nationale?*, París, Stock.
Troper, Michel (1994): *Pour une théorie juridique de l'Etat*, París, PUF.
— (2011): *Le droit et la nécessité*, París, PUF.
Troper, Michel; Champeil-Desplats, Véronique y Grzegorczyk, Christophe (dir.) (2005): *Théorie des contraintes juridiques*, París, Bruylant-LGDJ.

# NOTAS

1 . Anderson, Benedict (2016): *Imagined Communities. Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Londres, Verso (1ª edición 1983).

2 . Por solo citar un ejemplo: De Carreras, Francesc (2006): "El término nación española en su contexto constitucional", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 40, pp. 9-42.

3 . "Todas las comunidades más grandes que las aldeas o que establecen relaciones directas entre los individuos (y tal vez incluso estas) son imaginadas" (Anderson, Benedict [2016], *op. cit*., p. 6).

4 . Los usos e interpretaciones desinformadas de la literatura especializada en el nacionalismo están muy extendidos en ciencias sociales, fuera del ámbito jurídico también, inclusive entre autores que por haberse interesado por el nacionalismo —aunque sea de manera crítica— deberían haber sido más cuidadosos en el uso que hacen de ella. Un ejemplo sería el de Ulrich Beck ("Nationalisme méthodologique-cosmopolitisme méthodologique: un changement de paradigme dans les sciences sociales", *Raisons Politiques*, 2014/2, n° 54, pp. 103-120), quien además de ofrecer una lectura caricaturesca del nacionalismo, que desde luego los estudios especializados no avalan, comenta el trabajo arriba citado de Anderson dejando entender que el concepto de comunidades imaginadas Anderson lo aplica seguramente solo a las naciones y no a otros colectivos humanos. Algo que, como se puede ver en la frase de Anderson arriba citada, carece de fundamento.

5 . Es interesante y creo que importante también subrayar esta convergencia entre el ambicioso proyecto científico de Kelsen y su constatación relativa a la existencia de actitudes y comportamientos impropios en el ámbito del derecho que él no define aún como nacionalismo jurídico, pero que encajan a la perfección en el modelo teórico que trato de desarrollar en este libro. Sirva de ejemplo el siguiente comentario: "Si la teoría pura rechaza la tesis de que el derecho es por esencia moral, es decir que solo un orden jurídico moral puede ser derecho, no es solo porque esta tesis presupone una moral absoluta, es también porque, en su aplicación efectiva por parte de la doctrina dominante en una cierta colectividad jurídica, tiende a legitimar acríticamente el orden de coerción estatal que dicho colectivo funda. Porque el jurista supone como algo evidente que 'su' orden de coerción estatal —es decir, su Estado nacional— es derecho. Solo aplica ese metro problemático de la moral absoluta a los órdenes de coerción de Estados extranjeros; y solo entre estos descalificará a algunos como inmorales y les denegará en consecuencia el estatus de derecho cuando no respeten ciertas exigencias que sí cumple por el contrario su orden nacional; por ejemplo, si reconocen o no la propiedad privada, si tienen o no un carácter democrático. Pero, según dicha tesis, como el orden de coerción nacional del jurista es derecho, entonces tiene que ser necesariamente también moral. Es muy posible que tal legitimación del derecho positivo sirva eficazmente a fines políticos, a pesar de su debilidad lógica. Desde el punto de vista de la ciencia del derecho, es inadmisible. Porque la ciencia del

derecho no tiene como misión legitimar el derecho; no le corresponde justificar el orden normativo, ya sea mediante una moral absoluta o una relativa; solo le corresponde conocerlo y describirlo" (Kelsen, Hans [1999]: *Théorie pure du droit*, París, Bruylant-LGDJ [1ª edición 1934], p. 76 [mi traducción]).

6 . Esto no significa, ni tal quiere sugerirse, que el nacionalismo sea el único filtro cognitivo con el que funcionamos. Tenemos otros, obviamente (clase, religión, raza, etc.). Se trata de un filtro más entre otros, si bien, por su centralidad y fuerza, ha de notarse que está entre los más influyentes.

7 . Gellner, Ernest (1999): *Nations et nationalisme*, París, Payot (1ª edición 1983), p. 18.

8 . Beck, Ulrich, *op. cit*.

9 . *Ibid*., p. 110.

10 . Norman, Wayne (2006): *Negotiating Nationalism. Nation-building, Federalism, and Secession in the Multinational State*, Oxford, Oxford University Press, p. XIII.

11 . Montesquieu (1995): *De l'Esprit des lois*, París, Gallimard (1ª edición 1748), tomo I, p. 337.

12 . Ferraiuolo, Gennaro (en prensa): "Medir las patrias. ¿Una forma de ejercicio de nacionalismo banal?", en Cagiao y Conde, Jorge y Ferraiuolo, Gennaro (dir.), *Donde menos te lo esperas. El nacionalismo banal español*, Granada, Comares.

13 . A diferencia del derecho privado, que regula las relaciones entre particulares, el derecho público regula las relaciones entre los particulares y el Estado (la Administración). Calvo Caravaca, A.-L. y Carrascosa González, J. (2018): *Derecho internacional privado*, vol. I, Granada, Comares, p. 45.

14 . *Ibid*., p. 124.

15 . Artículo 14 del Código Civil francés: "El extranjero, incluso si no reside en Francia, podrá ser citado a comparecer ante los tribunales franceses para la ejecución de las obligaciones contraídas por él en Francia con un francés; podrá ser demandado ante los tribunales franceses respecto de las obligaciones contraídas por él en el extranjero con franceses".

16 . Se habla de foros de competencia exorbitantes en estos casos.

17 . Linde Paniagua, Enrique (2020): "El nacionalismo jurídico alemán", *Revista de Libros*, 28 de junio; Entrevista a Daniel Cohn-Bendit: "Cette décision transpire le nationalisme juridique", *Libération*, 12 de mayo de 2020.

18 . "Me propongo analizar con vosotros una idea que puede parecer clara en apariencia, pero que se presta a los malentendidos más peligrosos", Renan, Ernest (1982): *Qu'est-ce qu'une nation?*, 1ª edición 1882, París, Pocket, p. 37 (mi traducción).

19 . Como se verá más adelante, hay una diferencia grande entre afirmar, por un lado, que la pertenencia a una comunidad nacional implica formas más o menos claras e intensas de irracionalidad (en el sentido indicado arriba de aceptación irreflexiva de ciertas cosas) y, por el otro, que el nacionalismo es pura irracionalidad, como tantas veces dicen sus numerosos críticos.

20 . Núñez Seixas, Xosé Manoel, (2004): "Patriotas y demócratas. Sobre el discurso nacionalista español después de Franco (1975-1979)", *Gerónimo de Uztariz*, nº 20, pp. 45-98; Núñez Seixas, Xosé Manoel (2007): "Conservadores y patriotas: el

nacionalismo de la derecha española ante el siglo XXI", en Carlos Taibo (dir.), *Nacionalismo español. Esencias, memoria e instituciones*, Madrid, Los Libros de la Catarata, pp. 159-191.

21 . Calhoun, Craig (1997): *Nationalism*, Buckingham, Open University Press. Se cita a partir de la traducción catalana de 2008: *Nacionalisme*, Catarroja-Valencia, Afers, p. 15.

22 . Es la tesis desarrollada por Michael Billig en *Banal Nationalism* (Londres, Sage, 1995).

23 . En este punto es necesario también insistir en la perspectiva radicalmente opuesta que hay entre el ámbito académico (que concierne al conocimiento y a todos aquellos que quieran acceder a él) y el público (que concierne a los ciudadanos que deseen simplemente vivir en paz, sin hacerse preguntas molestas). Si despojarse de todos los prejuicios y creencias que arrastramos desde nuestra infancia es un gesto necesario tanto para el académico como para cualquier persona que quiera conocer algo cabalmente, lo es también para el ciudadano que desee vivir felizmente en esa creencia nacional que es la suya dar la espalda a todo cuanto los científicos expertos puedan decir al respecto. Pasa lo mismo que con las personas que tienen convicciones religiosas: a estas no les interesa lo más mínimo lo que los científicos puedan decir sobre aquello en lo que creen y seguramente preferirán no saber nada de lo que estos explican al respecto. El diálogo entre ambos enfoques o perspectivas es en cualquier caso imposible.

24 . El lector encontrará una ejemplar ilustración del problema mencionado en el diálogo entre José Álvarez Junco y Justo Beramendi en *El nombre de la cosa* (Álvarez Junco, José; Beramendi, Justo y Requejo, Ferran [2005]: *El nombre de la cosa. Debate sobre el término nación y otros conceptos relacionados*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales). De especial interés es la crítica del segundo al primero por su utilización de un enfoque ideológico que se aleja del analítico necesario en el debate académico.

25 . Alvarez Junco, José (2016): *Dioses útiles. Naciones y nacionalismo*, Madrid, Galaxia Gutenberg, p. 1.

26 . Van den Berghe, Pierre (1981): *The Ethnic Phenomenon*, Nueva York, Elsevier; Geertz, Clifford (1973): *The Interpretation of Cultures: Selected Essays*, Londres, Fontana; Gat, Azar y Yakobson, Alexander (2013): *Nations. The Long History and Deep Roots of Political Ethnicity and Nationalism*, Cambridge, Cambridge University Press.

27 . Hobsbawm, Eric (1990): *Nations and Nationalism since 1780*, Cambridge, Cambridge University Press; Hobsbawm, Eric y Ranger, Terence (eds) (1983): *The Invention of Tradition*, Cambridge, Cambridge University Press; Gellner, Ernest (1999): *Nations and Nationalism*, Oxford, Blackwell; Anderson, Benedict (2016), *op. cit.*; Greenfeld, Liah (1993): *Nationalism. Five Roads to Modernity*, Cambridge, Harvard University Press; Thiesse, Anne-Marie (1999): *La création des identités nationales. Europe XVIII-XX siècles*, París, Seuil.

28 . Armstrong, John (1982): *Nations Before Nationalism*, Chapel Hill, University of North Carolina Press; Smith, Anthony (1986): *The Ethnic Origins of Nations*, Oxford, Blackwell; Smith, Anthony (1995): *Nations and Nationalism in a Global Era*, Cambridge, Polity.

29 . Delanty, Gerard y O'Mahony, Patrick (2002): *Nationalism and Social Theory*, Londres, Sage, p. 83 (mi traducción).

30 . Un buen ejemplo de esta tan extraña y creo que contraproducente tendencia que existe entre los científicos sociales, entre quienes parece de buen gusto renunciar a la pretensión de conocer con certeza aquello que estudian, lo tenemos en el trabajo citado de Álvarez Junco (2016), *op. cit.* En él el autor expone toda una serie de conclusiones de cuya certeza no cabe ya dudar (y no es probable que Álvarez Junco dude de lo que explica) presentando previamente dicho conocimiento como algo

dudoso en el título de la sección correspondiente. En efecto, el autor titula esa sección "Lo que creemos saber sobre el nacionalismo". Ahora bien, una de dos, o creemos saberlo, y en ese caso no estamos seguros de lo que sabemos, pudiendo entonces ser eso que creemos erróneo, o bien lo sabemos con certeza, y entonces no se ha de expresar de manera tan prudente, sino con la seguridad de estar en lo cierto.

31 . Gellner, Ernest (1999), *op. cit*.; Hobsbawm, Eric (1990), *op. cit*.; Thiesse, Anne-Marie (1999), *op. cit*.

32 . Kelsen, Hans (2006): *De la esencia y valor de la democracia*, Oviedo, KRK, pp. 62-63.

33 . Anderson, Benedict (2016), *op. cit*., p. 6.

34 . Thiesse, Anne-Marie (1999): *Faire les Français. Quelle identité nationale?*, París, Stock; Tamir, Yael (1993): *Liberal Nationalism*, Princeton, Princeton University Press; Tamir, Yael (2019): *Why Nationalism*, Princeton University Press.

35 . Viroli, Patrizio (2019): *Por amor a la patria. Un ensayo sobre las diferencias entre patriotismo y nacionalismo*, Barcelona, Deusto.

36 . Miller, David (1995): *On Nationality*, Oxford, Oxford University Press, p. 5.

37 . Billig, Michael (1995), *op. cit*., p. 5.

38 . Calhoun, Craig (1997), *op. cit*., pp. 15-16; MacCormick, Neil (1990): "Of Self-Determination and Other Things", *Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy*, nº 15, pp. 1-20; Dieckhoff, Alain (2012): *La nation dans tous ses Etats. Les identités nationales en movement*, París, Flammarion.

39 . Máiz, Ramón (2018): *Nacionalismo y federalismo. Una aproximación desde la teoría política*, Madrid, Siglo XXI, pp. 143-178.

40 . Máiz, Ramón (2004): "Per Modium Unius: más allá de la dicotomía nacionalismo cívico vs. nacionalismo étnico", en Ander Gurrutxaga (dir.), *El presente del Estado nación*, Bilbao, UPV, pp. 107-130; Máiz, Ramón (2005): "Republicanismo e inmigración en Francia. La République une et indivisible y el affaire du foulard", *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, nº 129, julio-septiembre, pp. 5-37; Archilés, Ferran (ed.) (2018): *No solo cívica. Nación y nacionalismo cultural español*, Valencia, Tirant Humanidades.

41 . Delanty, Gerard y O'Mahony, Patrick (2002), *op. cit*., p. 35.

42 . Otra comparación sin fundamento es la que suelen hacer los críticos del nacionalismo entre la laicidad o el agnosticismo en materia religiosa, por un lado, y el hecho de no ser nacionalista de ninguna nación, por el otro. Comparación sin fundamento —digo—, pues si el agnosticismo en materia religiosa es un hecho constatado y frecuente, como también lo es la relativa neutralidad de los Estados liberales respecto de las creencias religiosas de los ciudadanos, no se puede decir lo mismo de la nación: ni ha habido en nuestra modernidad política Estados "laicos" en material nacional, esto es, que no apoyen decididamente la nación (con todos sus rasgos definidores: lengua, cultura, etc.) que da legitimidad al Estado ni hay tampoco individuos agnósticos en lo nacional, en el sentido de no creer en la existencia de su comunidad nacional (como así lo hacen los agnósticos religiosos: no creen en la existencia de ningún dios). Habrá, eso sí, quien obstinadamente se empeñe en decir que no cree en ninguna comunidad nacional, pero eso no hará desaparecer las muchas realmente existentes, empezando por la suya. Independientemente de lo que crea, o diga creer, algo que es diferente. El mismo problema tienen, por lo tanto, las posiciones favorables a hacer con la identidad nacional lo mismo que con la identidad religiosa: reservarla para la esfera privada de los individuos. Esto es imposible desde el momento en que la identidad nacional

(el nacionalismo que la crea y promueve a nivel estatal) se encuentra presente, necesaria y permanentemente, en el espacio público.

43 . Al margen de la intervención de la imaginación en ambos casos, nada hay de comparable entre la comunidad que se imagina como nación y la persona que se imagina Supermán, salta de un cuarto piso y se muere, por utilizar uno de los gruesos símiles que acostumbra a usar Ovejero en sus críticas recurrentes tanto al nacionalismo como a los estudiosos del fenómeno (por ejemplo: Ovejero, Félix (2016): *La seducción de la frontera. Nacionalismo e izquierda reaccionaria*, Barcelona, Montesinos, pp. 57 y ss.). Quienes se imaginan como nación suelen —esto es algo verificable en la experiencia conocida— alcanzar los atributos característicos de la nación en su acepción política moderna (soberanía, territorio, población), algo que quien se imagine Supermán nunca logrará.

44 . Si se compara con Galicia, en donde tanto la lengua como el nacionalismo gallego tienen una presencia social mucho menor, se ve la diferencia con claridad.

45 . Un ejemplo, entre muchos, en Moreso, Josep Joan (2021): "De Secessione. Los escondites de la vía catalana", *Las Torres de Lucca*, vol. 10, n° 18, pp. 47-65. Este enfoque es característico del debate político y lleva a una confusión claramente interesada. Véase el ejemplo de Iceta, por ejemplo, al que me refiero en *Democracia y nación. España en el laberinto plurinacional* (Madrid, Los Libros de la Catarata, 2022, p. 53).

46 . Billig, Michael (1995), *op. cit*., p. 55 (la cita corresponde a la traducción en castellano: Madrid, Capitán Swing).

47 . Beramendi, Justo, "Las cosas tras los nombres. Semántica y política en la cuestión nacional", en Álvarez Junco, José; Beramendi, Justo y Requejo, Ferran (2005), *op. cit*., p. 93.

48 . Billig, Michael (1995), *op. cit*.

49 . Cagiao y Conde, Jorge (2018): *Micronacionalismos. ¿No seremos todos nacionalistas?*, Madrid, Los Libros de la Catarata.

50 . En el momento en que escribía estas líneas, *El Diario.es* publicó un artículo de opinión de Antonio Maestre en el que apelaba a "nacionalizar el ladrillo", esto es, el acceso a la propiedad de los bienes inmuebles en España ("Nacionalizar el ladrillo: vivienda para vivir", 18 de febrero de 2023). Es un artículo que ilustra especialmente bien la idea expresada más arriba del marco nacional como barrera de protección de los intereses de los ciudadanos en una comunidad nacional. Puede darse por seguro, por lo demás, que la perspectiva o intención del autor del artículo no era escribir un texto "nacionalista", sino "de izquierdas" sobre el tema tratado, si bien ha de notarse que, en el fondo, lo uno (lo segundo) no quita lo otro (lo primero). Justicia social y nacionalismo se dan la mano con más frecuencia de lo que se dice y piensa en nuestras comunidades nacionales.

51 . Bourdieu, Pierre (1979): "Les trois états du capital culturel", *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, n° 30, pp. 3-6.

52 . En realidad, bastaría con pensar en la política lingüística catalana (nacionalista), por ejemplo, para que cualquier español viera con claridad aquello a lo que me refiero sin necesidad de pasar por el ejemplo imaginario utilizado. Lo normal en España es ver la política lingüística catalana como una manera de defender los privilegios de los catalanes frente al resto de españoles que no conocen el catalán. En efecto, a estos últimos les será difícil acceder a ciertos empleos (en la Administración pública, pero no solo) si no dominan el catalán, lo cual supone crear una clara y eficaz barrera de protección en favor de los intereses de los catalanes (o más generalmente de los catalanoparlantes). Ocurre lo mismo allí donde haya una frontera lingüística que genere derechos diferentes. Es decir, por todas partes en nuestro mundo.

53 . Billig, Michael (1995), *op. cit*.

54 . Billig, Michael (1995), *op. cit*., p. 125.

55 . Tamir, Yael (1993), *op. cit*., p. 32.

56 . Ya lo comenté con anterioridad: basta con pensar en los problemas de la UE para avanzar con rapidez hacia una mayor integración política para darse cuenta de la importancia de la idea de nación como fuente de legitimación del poder en nuestra modernidad política. Antes de que la pregunta sobre la igualdad entre los individuos adquiera la importancia que se le concede en nuestras sociedades, es preciso responder a esa otra pregunta, la que se interesa por el *demos* y su marco territorial.

57 . Atienza, Manuel (2009): *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel (1ª edición 2001), pp. 140-142.

58 . "Si se reconoce que todo Estado es un orden jurídico, todo Estado es un Estado de derecho, y el término Estado de derecho representa entonces un pleonasmo" (Kelsen, Hans [1999], *op. cit.*, p. 304; mi traducción).

59 . Esta afirmación puede ser discutible en sistemas en los que el grado de confianza en las instituciones, incluidas las judiciales, es menor. Lo que sí es cierto es que los sistemas jurídicos dan esta imagen del funcionamiento de sus juzgados y tribunales.

60 . Véase Troper, Michel (1994): *Pour une théorie juridique de l'Etat*, París, PUF; Troper, Michel (2011): *Le droit et la nécessité*, París, PUF; Millard, Eric (2014): "L'interprétation juridique comme acte d'autorité", en Cagiao y Conde, Jorge (dir.), *La notion d'autorité en droit*, París, Le Manuscrit, pp. 41-55.

61 . La consideración de las minorías nacionales y de sus gobiernos como sujetos colectivos contra los cuales la justicia podría actuar de manera inequitativa o discriminatoria es un punto importante del debate. En el momento en el que escribo estas líneas el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) acaba de pronunciarse sobre la manera como deben entenderse las normas de aplicación en las demandas de extradición en referencia al caso de los independentistas catalanes que se fueron a Bélgica, Suiza o Escocia después del 1 de octubre de 2017 para evitar el procedimiento penal abierto contra ellos en España. En su respuesta alude al concepto de "grupo objetivamente identificable de personas" para decir que cuando se tema por los derechos de una persona que pertenezca a uno de esos grupos por el trato inequitativo que la justicia del Estado que pide su extradición podría o acostumbra a darle, podría denegarse la extradición. Aquí, naturalmente, todo depende de cómo consideremos a las personas concernidas por el proceso penal que dio lugar a esa aclaración del TJUE. Podemos verlos como simples ciudadanos, sin ningún rasgo particular que haga temer por la vulneración de sus derechos fundamentales en España, o bien podemos verlos como personas que pertenecen a un colectivo independentista (o a una minoría nacional) contra el cual el Estado español ha dado ya muestras de actuar de manera inequitativa. Muy interesante, al hilo de lo que estoy explicando en este libro, es la lectura que han hecho inmediatamente de esa sentencia los diferentes medios de comunicación españoles y catalanes (entre estos no solo los independentistas, de hecho): mientras que en los principales medios madrileños (*El País* y *El Mundo*) se explica que la sentencia del TJUE es un espaldarazo a la justicia española, pues las personas perseguidas penalmente son solo eso, personas que han incumplido la ley, para buena parte de los medios catalanes, su pertenencia un grupo objetivamente identificable como "independentistas" o "minoría nacional" no parece dejar lugar a la duda, razón que permitiría a las autoridades judiciales belgas seguir rechazando las órdenes de extradición de la justicia española, en su opinión.

62 . Kelsen, Hans (1999), *op. cit*., p. 9.

63 . Atienza, Manuel (2006): *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel.

64 . Renan, Ernest (1982), *op. cit.*, p. 55.

65 . “Una nación no debería anexionar o retener un país en contra de su voluntad. La voluntad de las naciones es en definitiva el único criterio legítimo” (*idem*, mi traducción).

66 . No son comparables los casos de Alemania o Italia, que suelen ser citados por observadores españoles en apoyo de sus propias tesis en este tema, pues no hay propiamente hablando en dichos países minorías nacionales (o al menos no se han visto hasta la fecha) con capacidad para impulsar un proyecto secesionista como en Cataluña o el País Vasco.

67 . Por ejemplo, Martín Pallín, José Antonio (2022): *La guerra de los jueces. El proceso judicial como arma política*, Madrid, Los Libros de la Catarata; Del Clot, Damià (2022): *La estrategia de represión contra el independentismo catalán*, Madrid, Los Libros de la Catarata.

68 . Me he referido a ello en Cagiao y Conde, Jorge (2015): “La crisis del modelo de Estado en España y la reforma federal”, *Cahiers de civilisation espagnole contemporaine* (en línea), nº 15.

69 . Sobre el problema de la reforma constitucional en España, véase Pérez Royo, Javier (2015): *La reforma constitucional inviable*, Madrid, Los Libros de la Catarata.

70 . Entre muchos otros, “Guerra advierte de que el nuevo Estatuto catalán es ‘una reforma encubierta de la Constitución’”, *El País*, 8 de julio de 2005.

71 . PNV, CiU y BNG, “Declaración de Barcelona”, 16 de julio de 1998.

72 . Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi, 25 de octubre de 2003, p. 3.

73 . *Idem*.

74 . Sobre los límites materiales implícitos a la reforma constitucional, véase De Vega, Pedro (1991): *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, Tecnos; Tajadura, Javier (2005): “El pacto social como límite a la reforma del acto constitucional”, en Roura, Santiago y Tajadura, Javier (dir.), *La reforma constitucional: la organización territorial del Estado, la Unión Europea y la igualdad de género*, Madrid, Biblioteca Nueva, pp. 365-400; Tajadura, Javier (2018): *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978*, Madrid, Marcial Pons; Ruipérez, Javier (2012): “De la reforma constitucional y sus límites materiales. Consideraciones desde la teoría del Estado y de la Constitución”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 30, pp. 89-138.

75 . Por ejemplo, la STC 31/2009, en la que reconoce que “no existe un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional” (FJ 13).

76 . Véase mi comentario en esa línea “Secesión y reforma constitucional. ¿Y si no fuera necesario reformar la Constitución?”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 71-72, octubre-noviembre, 2017, pp. 140-143.

77 . Sobre este punto, véase Bastida, Xacobe (2016): “El derecho de autodeterminación como derecho moral. Una apología de la libertad y del deber político”, en Cagiao y Conde, Jorge y Ferraiuolo, Gennaro (coords.), *El encaje constitucional del derecho a decidir. Un enfoque polémico*, Madrid, Los Libros de la Catarata, pp. 218-268.

78 . Se interpondrán otros recursos ante el TC (por la Diputación Foral de Navarra) y el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (la asociación Manos Limpias, la Diputación de Álava, y la Diputación Foral de Navarra).

79 . Vírgala, Eduardo (2006): "La reforma territorial en Euskadi: los planes Ibarretxe I (2003) y II (2007)", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 54/55, p. 165.

80 . *Idem*.

81 . ATC 135/2004, 20 de abril de 2004, FJ 6.

82 . Proyecto de ley de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la comunidad autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política, 27 de mayo de 2008, pp. 1-2.

83 . *Ibid*., p. 2.

84 . STC 103/2008, 11 de septiembre de 2008.

85 . Sobre este enfoque rígido de las normas, véase Boix Palop, Andrés (2016): "La rigidez del marco constitucional español respecto del reparto territorial del poder y el proceso catalán de 'desconexión'", en Cagiao y Conde, Jorge y Ferraiuolo, Gennaro (coords.), *op. cit*., pp. 11-61.

86 . Conviene recordar en este comentario jurídico lo característico del nacionalismo banal: ser incapaz de ver aquello que se ha vuelto normal, por más evidente, grande o grueso que sea aquello de lo que se trate.

87 . Es lo normal en los referéndums del mismo tipo organizados en las democracias occidentales.

88 . Véase al respecto el dictamen del Tribunal Supremo de Canadá sobre la eventual secesión unilateral de Quebec, dictado en 1998: Renvoi relatif à la sécession du Québec [1998] 2 R.C.S. 217, párrafo 92: "The continued existence and operation of the Canadian constitutional order cannot remain indifferent to the clear expression of a clear majority of Quebecers that they no longer wish to remain in Canada" ["El orden constitucional canadiense no puede permanecer indiferente ante la clara expresión de una clara mayoría de quebequeses que ya no desean permanecer en Canadá"].

89 . Reference by the Lord Advocate of devolution issues under paragraph 34 of Schedule 6 to the Scotland Act 1998 (UKSC 31), 23 de noviembre de 2022.

90 . "The effect of the Bill, however, will not be confined to the holding of a referendum. Even if it is not self-executing, and can in that sense be described as advisory, a lawfully held referendum is not merely an exercise in public consultation or a survey of public opinion. It is a democratic process held in accordance with the law which results in an expression of the view of the electorate on a specific issue of public policy on a particular occasion".

91 . "Statutory authority, and adherence to the statutory procedure, confer legitimacy upon the result".

92 . "That legislative framework is put in place because the result of a lawfully held referendum is a matter of importance in the political realm, even if it has no immediate legal consequences".

93 . "[T]he referendum of 2016 did not change the law in a way which would allow ministers to withdraw the United Kingdom from the European Union without legislation. But that in no way means that it is devoid of effect. It means that, unless and until acted on by Parliament, its force is political rather than legal".

94 . "A lawful referendum on the question envisaged by the Bill would undoubtedly be an important political event, even if its outcome had no immediate legal consequences, and even if the United Kingdom Government had not given any political commitment to act upon it. A clear outcome, whichever way the question was answered, would possess the authority, in a constitution and political culture founded upon democracy, of a democratic expression of the view of the Scottish electorate".

95 . Robert H. Jackson, en su voto particular concurrente a Brown v. Allen 344 U. S. 443, 540.

96 . Por ejemplo, Castellà, Josep M. (2010): "La competencia en materia de consultas populares por la vía de referéndum en la sentencia 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña", *Revista Catalana de Dret Públic*, Especial Sentencia sobre el Estatuto, pp. 308-315; Ridao, Joan (2015): "La oscilante doctrina del Tribunal Constitucional sobre la definición de las consultas populares por vía de referéndum. Una revisión crítica a través de cuatro sentencias", *Estudios de Deusto*, vol. 63, nº 1, enero-junio, pp. 359-385; Martín Núñez, Esther (2010): "Comentario a la sentencia sobre el Estatuto. Competencia en materia de consultas populares (art. 122)", *Revista Catalana de Dret Públic*, Especial Sentencia sobre el Estatuto, pp. 316-321; Segura, Loreto (2010): "La consulta popular a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista Catalana de Dret Públic*, vol. 61, pp. 208-223.

97 . Tajadura, Javier (2009): "Referéndum en el País Vasco (comentario a la STC 103/2008, de 11 de septiembre)", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 23, p. 364.

98 . Ridao, Joan (2015), *op. cit*.

99 . Véase, por ejemplo, De Carreras, Francesc; Carrillo, Marc; Fossas Espalader, Enric y Montilla, José Antonio en el número especial de la revista *Teoría y Realidad Constitucional* ("Encuesta: ¿Sería constitucional el referéndum vasco?", nº 23, 2009) o el comentario de la STC 103/2008 de Alberto López Basaguren ("Sobre referéndum y comunidades autónomas. La ley vasca de la 'consulta' ante el Tribunal Constitucional. Consideraciones con motivo de la STC 103/2008", *REAF*, nº 9, octubre de 2009, pp. 202-240). Es muy significativo que sean los constitucionalistas de la periferia española, sin duda con una mayor sensibilidad hacia las reivindicaciones políticas vascas y catalanas en materia de autogobierno, expuestos asimismo al doble proceso de nacionalización que caracteriza a ambas CCAA, quienes hayan podido expresar la falta total de consistencia de la argumentación del TC sobre la inconstitucionalidad de un referéndum consultivo. Así, Fossas Espalader dice que "se trata de una interpretación del precepto legal difícil de compartir, pues la pregunta literalmente no proclama ningún sujeto soberano, ni plantea una reforma constitucional o estatutaria, ni propone una nueva relación político-constitucional entre la comunidad autónoma del País Vasco y el Estado español al margen de la Constitución. La pregunta solo versa sobre el inicio de un proceso de negociación entre partidos vascos, para alcanzar un eventual acuerdo entre ellos sobre el derecho a decidir del pueblo vasco, el cual sería sometido de nuevo a referéndum en el futuro (antes del 2010). No creo que pueda atribuirse a dicha pregunta la vulneración directa de los artículos 1.2, 2 y 168 CE por las razones que esgrime el Tribunal, pues tal vulneración solo podría ser potencial o hipotética" (Fossas Espalader, Enric, en *Teoría y Realidad Constitucional*, *op. cit*., p. 39). El propio De Carreras, uno de los miembros fundadores de Ciudadanos en Cataluña, expresa también su rechazo de la argumentación del TC: "La pregunta en sí misma —e incluso las respuestas que le pueden dar los ciudadanos vascos— solo son propuestas políticas, pero no actos jurídicos susceptibles de ser enjuiciados por el TC" (en *Teoría y Realidad Constitucional*, *op. cit*., p. 32). Para López Basaguren, "la Ley contiene un mero amago del 'derecho a decidir', un intento de darlo por sentado, pero carente de consecuencias prácticas como tal" (en *REAF*, *op. cit*., p. 225).

100 . Véase, por ejemplo, Vírgala, Eduardo (2006), *op. cit*.

101 . González-Trevijano, Pedro (2008): "Una sentencia ejemplar", *ABC*, 26 de septiembre.

102 . Tajadura, Javier (2009), *op. cit*., p. 376.

103 . *Ibid*., p. 378 (cursivas mías).

104 . *Ibid*., p. 394.

105 . Atienza, Manuel (2020): "Sobre un derecho inexistente. A propósito de 'Democracia y derecho a decidir' de Josep M. Vilajosana", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 19, pp. 422-431.

106 . Véase el dossier sobre el derecho a decidir del número 19 (2020) de la revista *Eunomía*.

107 . Atienza, Manuel (2020), *op. cit*., p. 428 (cursivas mías).

108 . En el sentido débil sería solo el derecho a poder expresarse o ser consultado en un referéndum consultivo. En el sentido fuerte, sería el derecho a independizarse.

109 . Rubio Llorente, Francisco (2012): "Un referéndum para Cataluña", *El País*, 8 de octubre.

110 . Muñoz Machado, Santiago (2014): *Cataluña y las demás Españas*, Barcelona, Crítica.

111 . *La Vanguardia*, 26 de noviembre de 2009.

112 . *Idem*.

113 . Arbós, Xavier (2010): "Valoració general de la Sentència", *Revista Catalana de Dret Públic*, Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006, p. 29.

114 . Véase al respecto, por ejemplo, Ferraiuolo, Gennaro (2016): "Tribunal Constitucional y cuestión nacional catalana. El papel del juez constitucional español. Entre la teoría y la práctica", en Cagiao y Conde, Jorge y Ferraiuolo, Gennaro (coords.), *op. cit*., pp. 110-141.

115 . Castellà, Josep M. (2010), *op. cit*., p. 308.

116 . Véase, por ejemplo, Arbós, Xavier (2010), *op. cit*., pp. 11-68.

117 . STC 31/2010, FJ 69.

118 . *Idem*.

119 . Véase López, Jaume (2017): *El derecho a decidir. La vía catalana*, Tafalla, Txalaparta, pp. 27 y ss.

120 . Van a jugar un papel importante las dos principales asociaciones nacionalistas, Òmnium Cultural y la ANC.

121 . "D'acord amb la voluntat majoritària expressada democràticament pel poble de Catalunya, el Parlament de Catalunya acorda iniciar el procés per a fer efectiu l'exercici del dret a decidir per tal que els ciutadans i les ciutadanes de Catalunya puguin decidir llur futur polític col·lectiu".

122 . Ha sido una crítica recurrente formulada desde el unionismo.

123 . En López, Jaume (2017), *op. cit*., p. 8.

124 . Dictamen del TS de Canadá (1998), *op. cit*.

125 . *Idem*.

126 . Por ejemplo, Xacobe Bastida habla del derecho a decidir como de "un derecho de autodeterminación, pero con buen asesor de imagen" (2016), *op. cit*., p. 226.

127 . Me he referido ya al potencial y espíritu federalista del derecho a decidir en "El federalismo ante la consulta catalana. Una lectura federal del derecho a decidir", en Cagiao y Conde, Jorge y Martin, Vianney (dir.) (2015): *Federalismo, autonomía y secesión en el debate territorial español. El caso catalán*, París, Le Manuscrit, pp. 77-127.

128 . Dos ejemplos reveladores son los de Miquel Caminal y Ferran Requejo, académicos expertos en federalismo y que hasta entonces eran dos de los teóricos más importantes en España de la opción federal.

129 . Palabras pronunciadas por Antonio Baños, el candidato de las CUP, y recogidas por *El Confidencial* el 28 de septiembre de 2015.

130 . García Amado, Juan Antonio (2015): "Independencia de Cataluña. Hablemos en serio y como juristas", *Almacén de Derecho*, 25 de septiembre.

131 . También del Parlamento, como se verá, habida cuenta del sistema de gobierno español, que precisa de una mayoría parlamentaria.

132 . Como se verá, hubo quien aludió a la imposibilidad constitucional de la cesión de la competencia estatal, pero lo que importa retener es que primó, por encima de todo, la voluntad política de no cederla. En el "ni quiero ni puedo" del presidente Rajoy, lo que más pesa es el "no quiero". De haberlo querido, habría podido.

133 . Sobre las resoluciones y mociones adoptadas por el Parlamento catalán sobre el derecho de autodeterminación de los catalanes, véase, por ejemplo, Viver Pi-Sunyer, Carles y Grau Creus, Mireia (2013): "La contribució del Parlament al procés de consolidació i desenvolupament de l'autogovern de Catalunya i a la seva defensa de l'identitat nacional", *REAF*, nº 18, pp. 88-125.

134 . STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 3.

135 . Dictamen del Consejo de Estado 147/2013, de 28 de febrero de 2013, voto particular de Fernando Ledesma, párrafo 2.

136 . STC 42/2014, Antecedentes 2, p. 9.

137 . Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de derecho.

138 . Por ejemplo, Roig, Eduard y Nieva, Jordi (2017): "El Tribunal Constitucional y sus nuevas, e insólitas, facultades de ejecución: un duro golpe a su *auctoritas*", *Diario de la Ley*, nº 8892; Ridao, Joan (2016): "Las nuevas facultades ejecutivas del Tribunal Constitucional como sustitutivo funcional de los mecanismos de coerción del artículo 155 de la Constitución", *Revista Vasca de la Administración Pública*, nº 106, pp. 151-188.

139 . Ferraiuolo, Gennaro (2016), *op. cit*., pp. 138-141.

140 . Como lo comenta Josu de Miguel (*Justicia constitucional y secesión. El caso del proceso soberanista catalán*, Madrid, Reus, 2019, pp. 94-97), las sentencias del TC 137/2015 (en la que se examina el Decreto del Gobierno de Canarias 95/2014 por el que se aprueba el Reglamento de las consultas a la ciudadanía en asuntos de interés general de competencia de la comunidad autónoma) y 51/2017 (que resuelve el recurso interpuesto contra la ley catalana de consultas populares por vía de referéndum 4/2010) suponen una pequeña inflexión a la rígida jurisprudencia del Tribunal en la materia, al reconocer a las CCAA "algún género de intervención en la ejecución o, incluso, en el complemento normativo de los preceptos legales que disciplinen, en los términos señalados, unas u otras figuras de referéndum" (STC 51/2017, FJ 5).

141 . Resolución 5/X del Parlamento catalán.

142 . STC 31/2010, FJ 69.

143 . Me he referido a ello en Cagiao y Conde, Jorge (2016), *op. cit*., pp. 142-182.

144 . Rubio Llorente, Francisco (2012): "Un referéndum para Cataluña", *El País*, 8 de octubre.

145 . Véase al respecto el análisis de Xacobe Bastida (2016) y Lucía Payero (2014).

146 . Sirva de ilustración, entre muchos otros, el número dedicado por los *Cuadernos de Alzate* a la cuestión de la autodeterminación (2013, nº 46-47). De Carreras ("El derecho a no decidir pero sí a salir del maldito embrollo", pp. 99-110), por ejemplo, dice en él que "el término derecho a decidir enmascara lo que en el mundo del derecho internacional se denomina derecho a la autodeterminación de los pueblos".

147 . Como ya lo indiqué, con el derecho a decidir se persigue materialmente lo mismo que con el derecho de autodeterminación. La dificultad de operar con el concepto de autodeterminación en contextos no coloniales lleva a descartarlo en Cataluña y a buscarle un sustituto "presentable" en contextos democráticos. Ahora bien, si esto es "materialmente" cierto, no lo es menos que los promotores del derecho a decidir van a realizar un esfuerzo "formal" notable en aras de diferenciar autodeterminación y derecho a decidir. Y esto ha de subrayarse como algo importante, pues si se acepta que el derecho es impensable sin el formalismo que lo caracteriza, entonces ha de convenirse que por medio de un esfuerzo formal suficiente puede llegarse a crear instrumentos o conceptos jurídicos diferentes (de entrada, por su marco de intervención en derecho: derecho internacional uno, derecho constitucional el otro), por más que guarden similitudes con otros ya existentes.

148 . Por ejemplo, Ferreres, Víctor; Fossas, Enric y Saiz, Alejandro (2015): "Inconsistencias de la 'desconexión'", *El País*, 24 de noviembre.

149 . Ferreres, Víctor (2016): "Cataluña y el derecho a decidir", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 37, pp. 461-475.

150 . Si uno se centra en la autodeterminación, cabría preguntarse también si se trata de un derecho a la independencia o a preguntar por ella. Porque puede ocurrir que nos obsesionemos tanto (en un sentido o en el otro, positivo o negativo) con la idea de independencia que acabemos perdiendo de vista que desde un punto de vista democrático y meramente procedimental parece muy complicado que esta pueda "decidirse" sin preguntar primero a la población concernida por ella. Razón por la que cabría entender también el derecho de autodeterminación primero como un derecho a preguntar y solo después, si acaso, y en función de la respuesta, como un derecho a la independencia.

151 . Jaume López (2017) habla de un derecho que "se ejerce en dos fases diferentes". p. 123.

152 . Nótese que en ningún momento se llegó a ir más allá de ese primer paso (la consulta pactada). El *impasse* que esto produce tanto para el debate como para el proyecto del nacionalismo catalán muestra hasta qué punto es fundamental.

153 . No se hacía, por lo demás, sino seguir la doctrina del TC, el cual defiende desde su sentencia 103/2008 que un referéndum consultivo como el proyectado en el País Vasco afectaría gravemente a la Constitución. Esto implica lógicamente que dicho referéndum tendría entonces efectos jurídicos. Por ejemplo, De Esteban, Jorge (2013): "Gobernar es prever", *El Mundo*, 2 de diciembre; Oliver Araujo, Joan (2012): "Encuesta sobre el referéndum", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 30, p. 33.

154 . Creo haber sido el único, de hecho, en haber sugerido la tesis de que no es necesario hacer ninguna reforma para el caso concreto del referéndum de independencia y una eventual secesión posterior, siempre y cuando, es claro, ambas ideas se acepten en el debate democrático: "Secesión y reforma constitucional. ¿Y si no fuera necesario reformar la Constitución?, *El Cronista del Estado Democrático y Social de Derecho*, nº 71-72, octubre-noviembre de 2017, pp. 140-143.

155 . Por ejemplo, Mariano Bacigalupo: "De la jurisprudencia citada del TC se deduce inequívocamente que la reforma de la Constitución debe preceder a un hipotético referéndum de autodeterminación, y no al revés" ("¿Permite la Constitución un referéndum de autodeterminación como el de Cataluña?", *El Confidencial*, 7 de abril de 2016).

156 . Véase referencias en la nota 74 del capítulo 3.

157 . Cuestión de la rigidez que la doctrina atribuye al sistema español analizada por Andrés Boix (2016).

158 . El ejemplo quizás más claro de este giro es el de Francesc de Carreras, quien parecía entender que se podía utilizar el instrumento referendario del artículo 92 CE (por ejemplo, "¿Un referéndum?", *La Vanguardia*, 20 de septiembre de 2012) hasta que se pide la cesión de la competencia estatal en materia referendaria por medio del artículo 150.2 CE (en conexión necesaria aquí con el artículo 92 CE), a la que se opondrá categóricamente ("Inadecuada por razones jurídicas", *El País*, 29 de enero de 2014).

159 . Por ejemplo, entrevista a Alberto López Basaguren, *El País*, 12 de septiembre de 2014.

160 . Francia sería un ejemplo. Suele considerarse que el derecho constitucional francés no hace en ese sentido sino acoger los mandatos de derecho internacional público a los que ha suscrito respecto de sus antiguas colonias (caso de Nueva Caledonia, por ejemplo). Pero eso implica confundir la capacidad de un orden jurídico dotado de Constitución escrita para acoger una demanda de secesión o independencia con el motivo o la razón por la que dicha demanda se acepta y encaja jurídicamente. Da igual si Francia prevé una excepción al principio de indivisibilidad de la República (artículo 1 CF 1958) por sus compromisos adquiridos en derecho internacional (que vinculan siempre de manera relativa a los Estados, como con bastante claridad se vio con el caso de Comores) o por pura liberalidad, como en el Reino Unido. El caso es que se trata de un orden jurídico con una Constitución escrita en la que explícitamente se dispone el carácter indivisible de la República (de su territorio), lo cual no ha sido obstáculo para regular en paralelo excepciones a dicha regla o principio cuando se ha considerado oportuno.

161 . Rubio Llorente, Francisco (2013): "Un referéndum que nadie quiere", *El País*, 11 de febrero.

162 . "En el referéndum […] no se pide al pueblo que tome decisión alguna, sino que opine sobre la decisión que en su momento habrán de tomar los órganos competentes, para ilustración de estos. […] Unos pocos ingenuos, no sé cuántos, creemos que este empecinamiento en atribuir al referéndum una eficacia que en ningún caso debería tener es una triste muestra más, de las muchas que ya tenemos,

de la retroalimentación de los radicalismos" (*ibid*.).

163 . *Ibid*.

164 . Solozábal, Juan José (2014): "La ofensiva soberanista catalana ante el Tribunal Constitucional", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 42, pp. 36-43; De Carreras, Francesc (2013): "A vueltas con la declaración", *La Vanguardia*, 30 de enero.

165 . Por ejemplo, De Carreras, Francesc (2014), *op. cit*.; Montilla Martos, José Antonio (2014): "La vía del artículo 150.2 para la convocatoria del referéndum sobre el futuro político de Cataluña", *Blog Revista Catalana de Dret Públic*, 17 de enero, https://bitly.ws/YuCh. Muy representativo de la posición dominante en la Academia jurídica es el artículo de *El País* titulado "Una 'vía legal' contra la Constitución" (16 de enero de 2014) en el que se consulta a cinco prestigiosos constitucionalistas: Roberto Blanco Valdés, Teresa Freixes, Gonzalo Gamarra, Santiago Muñoz Machado y Xavier Arbós. Los cuatro primeros se expresan en términos tajantes sobre el "carácter abiertamente inconstitucional de la delegación" de la competencia estatal en materia referendaria. Solo Arbós expresa una opinión diferente.

166 . Véase, por ejemplo, Tajadura, Javier (2016): "La STC 42/2014, de 25 de marzo, respecto de la Resolución del Parlamento de Cataluña 5/X, por la que se aprueba la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña: la introducción del 'derecho a decidir' en el ordenamiento jurídico español", *La última jurisprudencia relativa al Parlamento*, seminario celebrado en Vitoria-Gasteiz los días 27 y 28 de enero de 2016, pp. 57-90. En este comentario de la STC 42/2014, el autor lleva su razonamiento hasta el increíble extremo de afirmar que la Resolución 5/X tiene como efecto jurídico desplazar en la jerarquía normativa a la Constitución española: "En contra de lo que sostiene el Parlamento catalán, la Declaración 'produce un efecto jurídico concreto y real' consistente, nada más y nada menos, que en la modificación de la naturaleza y posición jerárquica de todas las normas de Cataluña, cuya subordinación a la Constitución española deja de ser efectiva a la luz de la existencia de un soberano al margen del único soberano posible en un Estado Constitucional que es la Constitución misma" (p. 67).

167 . Castellà, Josep María (2016): "Tribunal Constitucional y proceso secesionista catalán: respuestas jurídico-constitucionales a un conflicto político-constitucional", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 37, p. 569.

168 . *Idem*.

169 . *Ibid*., pp. 569-570.

170 . *Ibid*., p. 570.

171 . *Ibid*., p. 590.

172 . Véase, por ejemplo, el libro coordinado por Gennaro Ferraiuolo y yo mismo (2016) *El encaje constitucional del derecho a decidir*, *op. cit*., significativamente subtitulado *Un enfoque polémico*.

173 . Fossas, Enric (2014): "Interpretar la política. Comentario a la STC 42/2014, de 25 de marzo, sobre la Declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 11, mayo-agosto, pp. 273-300.

174 . STC 42/2014, FJ 3.

175 . Fossas, Enric (2014), *op. cit*., pp. 289 y ss.; Tajadura, Javier (2016), *op. cit*.

176 . Barceló i Serramalera, Mercè (2015): "Reconocimiento y construcción del

derecho a decidir en el sistema constitucional español", en Mercè Barceló i Serramalera *et al*., *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho*, Barcelona, Atelier, pp. 101-102; Corretja Torrens, Mercè (2016): "El fundamento democrático del derecho de los catalanes a decidir", en Cagiao y Conde, Jorge y Ferraiuolo, Gennaro (coord.), *op. cit*., p. 75; Ridao Martin, Joan (2014): "La juridificación del derecho a decidir en España. La STC 42/2014 y el derecho a aspirar a un proceso de cambio político del orden constitucional", *Revista de Derecho Político*, nº 91, p. 94.

177 . Arbós, Xavier (2016): "El Tribunal Constitucional como facilitador: el caso de la STC 42/2014", *La última jurisprudencia relativa al Parlamento*, seminario celebrado en Vitoria-Gasteiz los días 27 y 28 de enero de 2016, p. 38.

178 . STC 31/2015, FJ 7.

179 . No es raro ver comentarios puramente descriptivos de lo que dice el TC en sus sentencias, un trabajo más recopilatorio que de exégesis jurídica, en realidad, por medio del cual lo que se hace, en el fondo, es validar sin más la argumentación reproducida del Tribunal. Un ejemplo en De Miguel, Josu (2019), *op. cit*., pp. 88-92.

180 . Sirva de ilustración de la inconsecuencia de la argumentación esgrimida este alegato de Jorge de Esteban (2013), *op cit*., sobre los efectos jurídicos de un referéndum consultivo: "Para empezar conviene dejar bien claro que el referéndum regulado en el artículo 92 de la Constitución, ofrece un claro eufemismo porque lo denomina 'consultivo'. Esto es, porque si se pone en marcha un instrumento tan complicado y costoso como es un referéndum a nivel nacional o, en su caso, territorial, no es para conocer únicamente la opinión de los ciudadanos, pues para esto ya están los sondeos y las encuestas. Se trata, por consiguiente, de tomar una decisión que, si la aprueba el pueblo, parece ilógico que solo tenga carácter consultivo desde el punto de vista jurídico y no sea vinculante. Ahora bien, no cabe duda de que políticamente es evidente que resulta vinculante, pues ningún gobernante iría contra la opinión mayoritaria expresada en un referéndum. Recordemos así que el 12 de marzo de 1986, el presidente del Gobierno, Felipe González, convocó un referéndum 'consultivo' sobre la permanencia o no de España en la OTAN, a la que pertenecíamos desde el 20 de mayo de 1982. Como es sabido, el Gobierno logró el sí que deseaba con un 52% de votos favorables, un 39,8% de votos en contra y 2,01% de votos en blanco. Pues bien, aunque el Gobierno había suavizado la pregunta con varios requisitos indispensables para seguir en la OTAN, cundió el pánico en el Gobierno por si ganaba el no. Si hubiese sido así, es claro que el Gobierno de Felipe González habría tenido que dimitir, porque un referéndum que somete a votación del cuerpo electoral 'decisiones políticas de especial transcendencia', no puede quedarse en una mera consulta, que no implique ninguna vinculación para el Gobierno que lo ha convocado. La fuerza de la soberanía nacional obliga a que se acate su veredicto". El profesor De Esteban trata de explicar que un referéndum consultivo tiene efectos jurídicos recurriendo a un ejemplo que lo único que muestra es que uno como el de 1986 puede tener efectos políticos, concretamente que el Gobierno que lo convoca acabe teniendo que dimitir si la opción que defiende pierde. Y es que la dimisión no es un acto al que obliguen las normas jurídicas en caso de perder un referéndum. Ninguna ley (ni la Constitución) prevé tal cosa. Por consiguiente, podrá el Gobierno sentirse política o moralmente obligado a dimitir, pero obligación jurídica no hay. La argumentación del profesor De Esteban es claramente falaz.

181 . Bastida, Xacobe (2016), *op. cit*.

182 . De Miguel, Josu (2018): "El proceso soberanista ante el Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 113, pp. 160-161.

183 . *Ibid*., pp. 161-162.

184 . Billig, Michael (1995), *op. cit*.

185 . Véase también Cagiao y Conde, Jorge y Ferraiuolo, Gennaro (coord.) (en prensa), *op. cit*.

186 . "'Va ser un judici horrible': la dura crítica contra la sentència de Ferrajoli, un dels juristes més prestigiosos", *VilaWeb*, 3 de diciembre de 2019.

187 . Muñoz Machado, Santiago (2019): "La sentencia del 'procés' o cuando el Estado de derecho funciona bien", *El Español*, 23 de octubre.

188 . Ley 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación, DOGC nº 7449.

189 . Ley 20/2017, de 7 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República, DOGC nº 7451A.

190 . Artículo 3 de la Ley de transitoriedad.

191 . STS 459/2019, de 14 de octubre, Causa especial 20907/2017, Hechos probados 7, p. 30.

192 . *Ibid*., Hechos probados 9, p. 41.

193 . *Ibid*., p. 46.

194 . Véase Jorge de Esteban, Manuel Pulido y Enrique Arnaldo en *El Español*, "La desconexión de Cataluña: un 'golpe de Estado' sin militares", 8 de septiembre de 2017 y Javier García Fernández en *El País*, "El autogolpe independentista", 31 de agosto de 2017.

195 . *El País*, 12 de noviembre de 2012.

196 . Véase, por ejemplo, Carlos Herrera ("La ley de Cataluña es una ley para un golpe de Estado", COPE, 29 de agosto de 2017.

197 . "Javier Cercas acusa a independentistas catalanes de dar un golpe de Estado", *La Vanguardia*, 12 de octubre de 2017.

198 . Savater venía hablado de golpe de Estado desde mucho antes de los meses de septiembre y octubre de 2017: "La intentona golpista de Cataluña ha empeorado mucho la situación política", *La Tribuna del País Vasco*, 31 de octubre de 2015.

199 . "Parálisis", *El País*, 18 de septiembre de 2017.

200 . "Vargas Llosa espera que el Gobierno impida el 'golpe de Estado' en Cataluña", *El Confidencial*, 20 de septiembre de 2017.

201 . Nótese el revelador título del manifiesto firmado por muchos de ellos: "Parar el golpe", *El País*, 26 de septiembre de 2017.

202 . "Rajoy sostiene que lo sucedido en el Parlamento de Cataluña 'fue un golpe a la democracia como no hemos visto nunca'", Página web de La Moncloa, 13 de septiembre de 2017.

203 . "Alfonso Guerra: 'En Cataluña hay un golpe de Estado; no se puede dialogar con golpistas'", *El Mundo*, 4 de octubre de 2017.

204 . "1-O. Margallo pide 'reaccionar con todos los medios' ante el 'golpe de Estado' que intenta Cataluña", *La Vanguardia*, 18 de septiembre de 2017.

205 . "Borrell afirma que en Cataluña se ha producido 'un verdadero golpe de

Estado'", *La Vanguardia*, 19 de septiembre de 2017.

206 . Gascón, Daniel (2018): *El golpe posmoderno. Quince lecciones para el futuro de la democracia*, Barcelona, Debate.

207 . Por ejemplo, De Esteban, Jorge, "Golpe de Estado permanente", *El Mundo*, 2 de febrero de 2017; "La desconexión de Cataluña: un golpe de Estado sin militares. Juristas y catedráticos coinciden en la definición, a pesar de no ser el ejército un actor imprescindible", *El Español*, 8 de septiembre de 2017.

208 . Europa Press (2019): "Procés. El fiscal: 'Lo que ocurrió en Cataluña fue un golpe de Estado' y Junqueras fue el 'motor de la rebelión'", 4 de junio.

209 . *Ibid*.

210 . *Ibid*.

211 . "1-O: ¿Pudo haber un golpe de Estado sin rebelión?", *Crónica Global*, 6 de junio de 2019. Nótese la conexión que se hace en la pregunta entre el golpe de Estado y la rebelión.

212 . Hasta donde yo sé, creo haber sido el único en llamar la atención sobre esa tan unánime como discutible y problemática interpretación.

213 . Kelsen, Hans (1999): *op. cit*., p. 209.

214 . *Ibid*., pp. 209-210.

215 . STS 459/2019, FJ 3.2, pp. 270-271.

216 . Por ejemplo, en Gimbernat, Enrique: "Sobre los delitos de rebelión, sedición y desobediencia en la sentencia 459/2019, de 14 de octubre", *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, nº 26, 2019, Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Octubre. El proceso penal al "procés", pp. 49-57; "La sentencia del 'procés'", *El Mundo*, 28 de octubre de 2019.

217 . Me refiero a la asombrosa comparación entre un intento de golpe armado dado por militares y lo sucedido (pacíficamente) en Cataluña.

218 . Kelsen, Hans (1999), *op. cit*., p. 211.

219 . Se refiere a ello, por ejemplo, el magistrado emérito del TS José Antonio Martín Pallín: "En mi opinión, se ha utilizado, una vez más, la peligrosa y antidemocrática doctrina conocida como *derecho penal del enemigo*" (*El Gobierno de las togas*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2020, p. 156). La referencia aquí es Jakobs, Günther (1996): *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Madrid, Civitas.

220 . Auto del Juzgado Central de la Audiencia Nacional de 16 de octubre de 2017.

221 . Sigo su análisis pormenorizado del problema en Dopico, Jacobo (2017): "¿Es competente la Audiencia Nacional para conocer de los delitos de rebelión y de (algunos de) los delitos de sedición?", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-17, p. 3.

222 . *Ibid.*, p. 8.

223 . En el manifiesto que más de 100 profesores de derecho penal de universidades

españolas van a publicar a principios de noviembre de 2017 se afirma lo siguiente al respecto: "De igual forma debe decirse con rotundidad que la Audiencia Nacional no es competente para conocer de los delitos de rebelión o sedición, y que tal entendimiento corresponde a la Audiencia Provincial de Barcelona. En efecto, la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 65.1 se refiere a los derogados "delitos contra la forma de Gobierno" como objeto de la competencia de la Audiencia Nacional, y en ningún momento alude a los delitos de rebelión o sedición. En ese sentido la argumentación esgrimida por la titular del Juzgado Central de Instrucción para reclamar su competencia constituye una manipulación pocas veces vista en el ámbito forense" ("Legalidad penal y proceso independentista", *El Diario*, 9 de noviembre de 2017).

224 . Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, 2 de diciembre de 2008, argumento jurídico cuarto.

225 . Dopico, Jacobo (2017), *op. cit*., p. 10.

226 . Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 31 de octubre de 2017, razonamiento jurídico tercero.

227 . *Ibid*. Véase el comentario del catedrático de derecho procesal, José Martín Ostos, en apoyo de la tesis de la Fiscalía y del TS: "Tampoco puede olvidarse que en este supuesto una parte del plan secesionista ilegal se ejecutó fuera de España, intentando la internacionalización del proceso independentista; en efecto, se procuró —y se logró en parte— que se pudiera votar desde el extranjero, custodiando los votos en las delegaciones exteriores del Gobierno catalán, se contrataron observadores internacionales para el referéndum del 1 de octubre, así como se invitaron a diversos diputados y eurodiputados de distintos países, se celebraron actos en el extranjero, Diplocat realizó gestiones para el reconocimiento de la supuesta República catalana… A todas luces, ello desbordaba —al menos *a priori* — el ámbito del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña" ("El juez predeterminado por la ley", en Queralt, Joan (dir.) (2020): *La sentencia del procés: una aproximación académica*, Barcelona, Atelier, p. 37).

228 . Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 31 de octubre de 2017, razonamiento jurídico tercero.

229 . *Ibid*.

230 . Dicho con toda la prudencia, pues ya se ha visto que los más altos órganos jurisdiccionales españoles han sido capaces de retorcer su derecho hasta extremos insospechados para obtener un determinado resultado.

231 . STS 459/2019, FJ 3.2, p. 267.

232 . *Ibid*.

233 . *Ibid*., p. 268.

234 . *Ibid*., p. 266.

235 . *Ibid*., pp. 266-267.

236 . *Ibid*., FJ 4.3, p. 277.

237 . *Ibid*., FJ 4.4, p. 280.

238 . *Ibid*., p. 282.

239 . *Ibid*., p. 281.

240 . *Ibid*., FJ 4.5, pp. 282-283.

241 . Véase el comentario demoledor que hace José Antonio Martín Pallín tanto de la parte relativa a los hechos probados como al juicio de autoría (2020, *op. cit*., pp. 171-195).

242 . Queralt, Joan (2020), "Legalidad penal a la luz de la STS 459/2019", en Queralt, Joan (dir.), *op. cit*., p. 159.

243 . Martín Pallín, José Antonio (2020), *op. cit*., pp. 141 y ss.

244 . Queralt, Joan, *ibid*., p. 161.

245 . STS 459/2019, FJ 4.6, pp. 284-285. Puede parecer revelador, una vez más, que no se diga (como exigiría el tipo penal) que la violencia desplegada por los acusados "hizo inviable" a secas el trabajo de la comitiva judicial, lo cual habría sido faltar a la realidad (pues el registro se realizó), y en cambio se añada "con normalidad". Es decir, se reconoce que no se impidió llevar a cabo las legítimas funciones de las autoridades (como exige el tipo penal), sino que solo se perturbó su desarrollo, de tal suerte que no se llevaron a cabo de manera normal o habitual. Nótese también cómo se exagera lo que ocurre el 1 de octubre al decir que los agentes de policía "fueron neutralizados".

246 . Por ejemplo, "Joan Queralt: 'A l'Estat hi ha molts llicenciats en dret per la universitat de Guantánamo'", *Nació*, 23 de septiembre de 2017.

247 . "Legalidad penal y proceso independentista", *op. cit*. En él se dice que no hay base legal alguna para iniciar un proceso penal por rebelión y sedición ni tampoco para que la Audiencia Nacional se haga cargo del caso. Dicho manifiesto sería seguido de otro del mismo tenor un año después, "La banalización de los delitos de rebelión y sedición", *El Diario*, 21 de noviembre de 2018.

248 . Se va a oponer constantemente Kelsen (España) a Schmitt (nacionalismo catalán), ocultando así que el Estado español actúa de manera muy schimittiana contra el nacionalismo catalán (el enemigo a neutralizar en ese momento de excepción que es el *procés*), muy lejos del exigente formalismo y normativismo kelseniano.

249 . Cagiao y Conde, Jorge (2018), *op. cit*.

250 . Dejo de lado lo que dice el Reglamento del Congreso de los Diputados, porque se entenderá que este no debe incurrir en contradicción con el artículo 3 de la Constitución.

251 . "El PSOE ve inconstitucional la moción de Podemos e independentistas sobre las lenguas cooficiales que debate el Congreso", Europa Press, 9 de marzo de 2021.

252 . Un ejemplo, en el libro ya citado de Josu de Miguel (2019), *op. cit*., pp. 66-70.